

WYROK

z dnia 15 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2022 r. przez: EkoEnergia Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach, ul. Karola Olszewskiego 6 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nagłowice z siedzibą w Nagłowicach, ul. Mikołaja Reja 9

przy udziale wykonawcy GM Starbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starachowicach, ul. Hutnicza 1 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1473/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pkt. 1 - 3 w zw. z art. 22 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego przez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie zbadania wybranego wykonawcy Gm Starbud Sp. z o. o. pod kątem brak istnienia przesłanek wykluczenia na mocy tej ustawy i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wezwanie GM Starbud sp. z o.o. do złożenia oświadczenia o braku postaw wykluczenia z art. 7 ust. 1 pkt 1 - 3 wskazanej wyżej ustawy i ewentualnie do złożenia dokumentów potwierdzających stan rzeczy wynikający z oświadczenia,
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Karola Olszewskiego 6 tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Gminy Nagłowice z siedzibą w Nagłowicach, ul. Mikołaja Reja 9 na rzecz EkoEnergia Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach, ul. Karola Olszewskiego 6 kwotę 5 041 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterdzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1473/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach zarządzanych przez Gminę Nagłowice zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2022 r. za numerem 2022/S 042-108286.

W dniu 23 maja 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 1 czerwca 2022 r. wykonawca EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 1 czerwca 2022 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o. ewentualnie również w zakresie zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji gdy jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy przez jego niezastosowanie w sprawie a polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty GM Starbud Sp. z o. o. który na wezwanie zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy nie przedłożył prawidłowo wypełnionej treści JEDZ w zakresie wykazania warunku dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez zaniechanie wskazania podstaw dysponowania tymi osobami co powoduje, że zamawiający nie mógł ocenić, że wykonawca spełnia postawiony w SWZ warunek w tym zakresie a w konsekwencji naruszenie art. 126 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie i wezwanie wykonawcy GM Starbud do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy oferta ta nie powinna podlegać dalszej ocenie i winna zostać odrzucona co również godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy przez jego niezastosowanie w sprawie a polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty GM Starbud Sp. z o.o. w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku dysponowania osobami które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składając w wykazie osób oświadczenie, że wszystkie wymienione tam osoby łączy z wykonawcą stosunek pracy w rozumieniu art. 22 par. 1 kodeksu pracy podczas gdy wykonawcę nie łączy z tymi stosunek pracy,

3) naruszenie art. 86 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 108 ust 1 ustawy przez zaniechanie zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu obligatoryjnych podstaw wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy, co w konsekwencji prowadzi do braku spójności ogłoszenia z SWZ i może wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców i w konsekwencji prowadzić do naruszenia zasady" uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a to z kolei prowadzi do naruszenia art. 255 pkt. 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą na tym etapie postępowania

4) naruszenie art. 7 ust. 1 pkt. 1 - 3 w zw. z art. 22 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego przez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie zbadania wybranego wykonawcy Gm Starbud Sp. z o. o. pod kątem brak istnienia przesłanek wykluczenia na mocy tej ustawy

5) art. 253 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o. podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie

został spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowaniem osobami odpowiedniej specjalności skierowanymi do realizacji zamówienia

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1/ unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2/ odrzucenie oferty wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o.
- 3/ dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie
- 4/ unieważnienie postępowanie które jest obciążone wadą niemożliwą do usunięcia na tym etapie postępowania

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w sposób bezpośredni pozbawiło odwołującego uzyskania zamówienia, której oferta w świetle kryteriów oceny ofert znajduje się na drugim miejscu za ofertą wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o. Ewentualnie unieważnienie postępowania spowoduje umożliwienie ponownego złożenia oferty, która może okazać się ofertą najkorzystniejszą.

Na podstawie art. 531 ustawy w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy w zw. z art. 538 ust. 1 ustawy wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków w osobach:

- 1/ J. D. (adres do wezwania: Marcinków 96A, 27 — 215 Wąchock)
- 2/ P. Z. (adres do wezwania: ul. Hutnicza 1, 27 — 200 Starachowice)

na okoliczność wykazania, że wykonawca GM Starbud Sp. z o. o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia; wykazania, że złożony wykaz osób — Załącznik nr 10 do SWZ jest niezgodny ze stanem faktycznym ponieważ wykonawcę nie łączy z tymi osobami jakiegokolwiek stosunek prawny a w szczególności wykazany stosunek pracy

Powołując się na treść art. 248 par. 1 k. p.

wniósł o zobowiązanie wykonawcy GM Starbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością adres do doręczeń: ul. Hutnicza 1, 27 — 200 Starachowice do przedłożenia na rozprawę umów o pracę zawartych odpowiednio z Panem J. D. oraz Panem P. Z. na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach i wykazania prawdziwości informacji zawartych w wykazie osób — Załącznik nr 10 SWZ.

W dniu 23 maja 2022 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wybierając ofertę GM Starbud Sp. z o. o.

Zgodnie z Rozdziałem V — Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zamawiający wymagał: - dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje n/w osobami:

- a) Projektant branży elektrycznej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych
- b) Projektant branży konstrukcyjno- budowlanej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń
- c) Kierownik robót elektrycznych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Zamawiający zgodnie z treścią art. 125 ust. 1 i 2 ustawy wymagał złożenia wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) stanowiącego wstępne oświad-

czenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Zamawiający wymagał zatem m. in. wypełnienia Części IV Kryteria kwalifikacji Sekcja C JEDZ przez podanie wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykonawca GM Starbud składając JEDZ wraz z ofertą w ogóle nie podał informacji co do dysponowania osobami, które skieruje do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami SWZ. W tym zakresie, zamawiający pismem z dnia 21.04.2022 roku w trybie art. 128 ust. 1 ustawy wezwał do uzupełnienia dokumentu JEDZ m.in. w zakresie podania imienia, nazwiska, rodzaju uprawnień oraz podstawie dysponowania osobami o których mowa w roz. V ust. 10 pkt. 2 lit. a, b, c SWZ. Wykonawca ponownie przedłożył w określonym terminie dokument JEDZ jednak jego treść nadal była niezgodna z tym czego wymagał zamawiający w SWZ oraz w samym wezwaniu do uzupełnienia braków w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Wykonawca nie wskazał na jakiej podstawie prawnej będzie dysponował tymi osobami co spowodowało, że zamawiający w oparciu o dokument JEDZ nie był tak naprawdę w stanie ustalić czy wykonawca faktycznie spełnia warunki w tym zakresie. Uzupełniony JEDZ nadal nie dawał pewności czy wykonawca faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy oferta winna zostać odrzucona. Uzupełnienie dokumentów trybie art. 128 ust. 1 ustawy nie może być powtarzane przez zamawiającego. Zamawiający nie miał zatem możliwości kolejnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia JEDZ w tym zakresie albowiem wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy ma charakter jednorazowy w zakresie konkretnego dokumentu. Uzupełnienia JEDZ nie może również zastąpić wykaz osób albowiem jest to inny dokument podmiotowy, który de facto potwierdza to co zostało wcześniej wykazane w JEDZ, przy czym w tym przypadku nie mogło tego potwierdzać ponieważ JEDZ nie zawierał tych informacji. Zamawiający analizując JEDZ nie mógł ustalić czy wskazane w uzupełnieniu osoby są w dyspozycji pośredniej czy bezpośredniej wykonawcy ponieważ w ogóle nie podano więzi prawnej jaka łączyła wykonawcę z tymi osobami. W zaistniałej sytuacji zamawiający winien pominąć ofertę wykonawcy GM Starbud i dokonać oceny i badania kolejnej oferty. Formularz JEDZ jest dokumentem sformalizowanym ale na obecnym etapie nie nastręcza wielkich trudności szczególnie dla wykonawców którzy na co dzień biorą udział w tego typu postępowaniach. Wykonawca GM Starbud jest doświadczonym uczestnikiem postępowań przetargowych i doskonale zna te procedury. Wypełniając JEDZ wykazał się rażącym niedbalstwem, które winno powodować odrzucenie takiej oferty celem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zaistniałej sytuacji w ocenie odwołującego nie można również mówić o możliwości wyjaśnienia jakichkolwiek wątpliwości w przedłożonym JEDZ w zakresie podstaw dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia albowiem nie było co wyjaśniać — brak jakiegokolwiek informacji w tym zakresie. Takie wyjaśnienia de facto musiałyby prowadzić do uzupełnienia JEDZ co w obecnym stanie było już niedopuszczalne. Zgodnie w wyrokiem KIO 3353/21 W przypadku gdy wykonawca składa niekompletne oświadczenie JEDZ, a następnie na wezwanie zamawiającego przedstawia znów niewłaściwie uzupełniony JEDZ, nie ma podstaw, aby otrzymał kolejną szansę wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tym razem w postaci wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Takie wezwanie można skierować do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Skoro ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty, to oferta ta nie mogła zostać najwyżej oceniona. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw, aby skierować do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Powołał także wyrok KIO 483/17.

Zamawiający precyzyjnie wskazał co należy uzupełnić w JEDZ a mimo to wykonawca tego nie uczynił. Opieranie się zamawiającego na późniejszych dokumentach podmiotowych, bagatelizując wcześniejsze błędy wykonawcy w tym zakresie, niewątpliwie stawia wykonawcę GM Starbud w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców. Odwołujący twierdzi jednak i zarzuca, że późniejsze uzupełnienie wykazu osób (Załącznik nr 10) również nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu albowiem osoby tam wskazane nie były i nie są pracownikami GM Starbud. W tej sytuacji zasadne są wnioski dowodowe w petitum odwołania w tym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 86 ustawy ogłoszenia, o których mowa w niniejszym dziale, przekazywane są przez zamawiającego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W myśl art. 87 ustawy

1. Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z

12.11.2015, str. 1, z późn. nn. 19)).

2. Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego

przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE. Jedynym z podstawowych i najważniejszych obowiązków zawartych w ogłoszeniu jest precyzyjne wskazanie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Wprawdzie zamawiający podał konkretnie w SWZ te podstawy z art. 108 ust. 1 pkt. 1 — 6 ustawy (obligatoryjne podstawy wykluczenia) jednak zaniechał ich konkretnego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu wysłanego do DZUE. Wady tej nie można usunąć ze względu na upływ terminu składania ofert. Zgodnie bowiem z art. 137 ust. 1 i 4 ustawy w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji warunków zamówienia. Po upływie terminu składania ofert niemożliwa jest również zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie natomiast z treścią art. 255 pkt. 6 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby

Odwoławczej takie wady zostały wymienione w art. 457 ust. 1 ustawy, jednak nie wyczerpują one wszystkich wadliwości postępowania, jakich może dopuścić się zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 457 ust. 1 ustawy. Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że wady dokumentacji postępowania lub ogłoszenia o zamówieniu ujawnione na etapie po otwarciu ofert powinny zmierzać do unieważnienia postępowania. Powołał wyrok KIO 1804/14, wyrok z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 49/14, wyrok z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO 939/10.

Zgodnie z treścią art. 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych wyklucza się:

1) wykonawcę oraz uczestnika konkursu wymienionego w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisanego na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;

2) wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2022 r. poz. 593 i 655) jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;

3) wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217, 2105 i 2106) jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3.

Zgodnie z art. 22 tej ustawy przepisy art. 7 oraz środek, o którym mowa w art. 1 pkt 3, stosuje się również do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, z tym że:

1) okres wykluczenia, o którym mowa w art. 7 ust. 2, rozpoczyna się nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy;

2) zamawiający dostosowuje dokumentację zamówienia lub regulamin konkursu w terminie 14 dni od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.

Ustawa ta weszła w życie w dniu 16.04.2022 roku a zatem podstawy wykluczenia mają zastosowanie od dnia 01 maja 2022 roku. Zamawiający w tej dacie nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zaniechał zatem zbadania wykonawców w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w tym przepisie. Biorąc pod uwagę, że w tym momencie zmiana w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i SWZ jest możliwa, unieważnienie po-

stępowania jest w pełni uzasadnione również tej przyczyny.

W dniu 1 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 3 czerwca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca GM Starbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starachowicach, ul. Hutnicza 1 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że zgodnie z wynikiem postępowania o udzielenia zamówienia, oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą, przystępujący ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, bowiem oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu wobec czego oddalenie odwołania wniesionego w przedmiotowej sprawie w zakresie czynności zamawiającego, usankcjonuje ważność dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty i tym samym przystępujący uzyska zamówienie. Słuszność powyższego stanowiska zdaniem przystępującego potwierdza m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2012 roku o sygn. KIO 1068/12. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania przystąpienia stronom.

Przystępujący odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów wskazał, że w odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GM STARBUD Sp. z o. o. ewentualnie również w zakresie zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przystępujący odnosząc się do zarzutów 1, 2 i 5 wskazał, że zamawiający zgodnie z treścią art. 125 ust. 1 i 2 ustawy wymagał złożenia wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) stanowiącego wstępne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Zamawiający wymagał m. in. wypełnienia Części IV Kryteria kwalifikacji Sekcja C JEDZ przez podanie wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Przystępujący w dokumencie JEDZ nie wskazał wprost informacji co do dysponowania osobami, które skieruje do realizacji zamówienia. Jednakże należy zauważyć, że w dokumencie JEDZ złożonym wraz z ofertą, jak na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy przystępujący w części II:

- pkt C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” - na pytanie dotyczące zależności od innych podmiotów przystępujący oświadczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V,

- pkt D „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” - na pytanie dotyczące podwykonawstwa przystępujący oświadczył, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia.

Zamawiający na podstawie dokumentu JEDZ złożonego wraz z ofertą oraz na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy był mógł stwierdzić, że przystępujący nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Skoro zatem przystępujący oświadczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia, to oznacza to, iż wskazany JEDZ projektant branży elektrycznej, projektant branży konstrukcyjnobudowlanej oraz kierownik robót pozostają w stałej współpracy z przystępującym (zawarte przedwstępne umowy o pracę). Zamawiający w oparciu o treść obu dokumentów JEDZ mógł zatem ustalić, że przystępujący spełnia warunek w zakresie wykazania dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, nawet bez podania informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) uzasadnienie wyroku KIO z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/111. Zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według art. 65 par. 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Jak to trafnie wywiódł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2007 r. sygn. akt

IV CSK 95/07: Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Reasumując, wynikające z przepisów art. 65 kc dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Zamawiający dokonując oceny wszystkich składników oświadczenia zawartego w dokumentach JEDZ słusznie przyjął, że skoro przystępujący oświadczył, iż nie zamierza polegać na zdolności innych podmiotów lub zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia, to osoby wskazane w Części IV JEDZ, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, pozostają w stałej współpracy z przystępującym (zawarte przedwstępne umowy o pracę). Tym samym zamawiający prawidłowo uznał, że przystępujący wykazał spełnienie warunku dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b i c ustawy. W związku z powyższym nie znajduje uzasadnienia również zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy przez przesłanie informacji o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o.

Bezzasadny jest w ocenie przystępującego również zarzut naruszenie art. 86 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy dotyczący wskazania obligatoryjnych podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy. Zamawiający sporządził ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 oraz zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przysyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE. Jednocześnie przystępujący podkreślił, że zamawiający wskazał konkretnie obligatoryjne podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pzp w SWZ, przez co wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli możliwość zapoznania się warunkami udziału w postępowaniu, w tym także dotyczącymi wykluczenia z postępowania.

Nie zgodził z zarzutem odwołania dotyczącym naruszenia art. 7 ust. 1 pkt. 1-3 w zw. z art. 22 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, gdyż w ocenie przystępującego zamawiający nie miał obowiązku badania ofert pod kątem brak istnienia przesłanek wykluczenia na mocy tej ustawy, z uwagi na fakt, iż termin otwarcia ofert nastąpił przed dniem wejścia w życie powyższej ustawy. Wobec powyższego przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego.

Przystępujący wniósł również pismo z wnioskami dowodowymi, w którym wniósł o dopuszczenie oraz przeprowadzenie na rozprawie dowodu z dokumentów w postaci:

- przedwstępnej umowy o pracę z dnia 1.04.2022 r. zawartej przez GM STARBUD Sp z o. o. z P. Z. zobowiązującej do zawarcia przez strony umowy o pracę w przypadku realizacji zadania pn. „Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach zarządzanych przez Gminę Nagłowice” - stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej w wymiarze % etatu,
- przedwstępnej umowy o pracę z dnia 1.04.2022 r. zawartej przez GM STARBUD Sp z o. o. z J. D. zobowiązującej do zawarcia przez strony umowy o pracę w przypadku realizacji zadania pn. „Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach zarządzanych przez Gminę Nagłowice” - stanowisko projektanta branży elektrycznej oraz kierownika robót elektryczny w wymiarze % etatu,
- na okoliczność treści ww. przedwstępnych umów o pracę oraz dla wykazania faktu, że Wykonawca GM STARBUD Sp z o. o. składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach zarządzanych przez Gminę Nagłowice” nr 2022/S 042-108286, w związku z zawarciem przedwstępnych umów o pracę, dysponował na potrzeby zamówienia osobą projektanta branży elektrycznej, kierownika robót oraz projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, a zatem spełniał warunek w zakresie wykazania dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Jednocześnie przystępujący podtrzymał twierdzenia oraz wnioski zawarte w piśmie z dnia 03.06.2022 o przystąpieniu do postępowania.

W dniu 15 czerwca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, zgodnie ze złożonym spisem kosztów.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią Roz. V SWZ (warunki udziału w postępowaniu ust. 10 pkt. 2 zamawiający wskazał wymóg dysponowania osobami , które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (zdolność zawodowa) m.in.:

- a) Projektant branży elektrycznej
- b) Projekt branży konstrukcyjno- budowlanej
- c) Kierownik robót elektrycznych

Jednocześnie zgodnie z SWZ zamawiający wraz z ofertą wymagał złożenia wstępnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie Europejskiego Dokumentu Zamówienia(ROZ V ust. 2 SWZ). Pierwotnie złożony JEDZ przez GM STAR-BUD Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie.

Zamawiający pismem z dnia 21.04.2022 roku wezwał wykonawcę GM STARBUD do uzupełnienia oświadczenia JEDZ m.in. w części IV Kryteria Kwalifikacji Sekcja C Zdolność Techniczna i zawodowa, pkt 2 poprzez wskazanie następujących informacji: imię i nazwisko, rodzaj uprawnień oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami zgodnie z roz. 5 ust. 10 pkt 2 lit. a, b i c.

Wykonawca GM STARBUD uzupełnił w terminie JEDZ i według odwołującego uzupełnienie to jest nieprawidłowe niekompletne ponieważ brakuje podstawy prawnej dysponowania wskazanymi do realizacji zamówienia osobami. Zamawiający wskazał, że „dysponowanie osobami” można zdefiniować jako realną możliwość zaangażowania poszczególnych osób w realizację zamówienia. Z przepisów ustawy nie wynika bowiem, aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy czy też jakimkolwiek innym węzłem obligacyjnym w terminie składania oferty (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2010 r., sygn. akt KIC)/UZP 269/10). Co więcej, w przeciwieństwie do umowy o podwykonawstwo, w przypadku stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą a osobami, którymi dysponuje on w ramach zasobów własnych i brak jest również wymogów co do szczególnej formy takiej umowy.

Oferent wskazał w pkt 2) uzupełnienia, że „ Może skorzystać z usług następujących pracowników technicznych lub służb technicznych w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości .W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawca będzie mógł się zwrócić do następujących pracowników technicznych lub służb technicznych o wykonanie robót”.

Z powyższego zapisu wynika, że oferent będzie korzystał ze swoich pracowników, co w ocenie zamawiającego jest wykazaniem sposobu dysponowania tymi osobami, co tym samym stanowi brak podstaw do odrzucenia oferty.

Ponadto tylko zgodnie z treścią art. 95 ustawy zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 poz. 1320).

Zamówienie to kwalifikowane jest jako dostawy, a nie usługi lub roboty budowlane.

W załączeniu przedłożył również opinię dotyczącą art. 29 ust. 3a ustawy udzieloną wprawdzie do już nieobowiązującej ustawy, ale zachowującą nadal aktualność w stosunku do obowiązujących przepisów,

Odnosząc się do Zarzutu Nr 2 zamawiający podniósł, wyrażoną wcześniej argumentację dotyczącą „dysponowania osobami”. Wskazał, że niejednokrotnie w praktyce zachodzi konieczność rozróżnienia sfery samodzielnego świadczenia wykonawcy od świadczeń realizowanych poza jego strukturami. Zasadne jest twierdzenie, iż w zakresie „osobistego” wykonania zamówienia mieszczą się wszystkie celowe działania wykonawcy, podejmowane nie tylko przy udziale pracowników, ale również za pośrednictwem innych osób podporządkowanych jego kierownictwu, zwłaszcza zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej. W odniesieniu do zobowiązania podstawowego wynikającego z umowy o zamówienie publiczne, osoby takie będą stanowiły zasób własny wykonawcy, a zatem nie będą wyodrębnione w postępowaniu przez zamawiającego i to niezależnie od tego, w jaki sposób ukształtowane zostały stosunki prawne łączące te osoby z wykonawcą. Zasadniczo bowiem, osoby takie nie będą wykonywały wydzielonej części zamówienia bezpośrednio na rzecz zamawiającego, lecz będą realizowały zamówienie w ramach działań wykonawcy. Dodatkowo przytępiający wykazał dowodami zawarcie przedwstępnych umów o pracę z Panem J. D. i P. Z. .

Odnosząc się do Zarzutu Nr 3, to w ocenie zamawiającego odwołujący się okoliczność tą mógł podnosić na etapie składania oferty, a nie po wybraniu oferty - okoliczność ta nie miała wpływu na wybór oferty.

Co do Zarzutu Nr 4, to zamawiający podkreślił, że w przypadku, gdy doszło do otwarcia ofert zamawiający nie ma możliwości wprowadzenia zmian do treści dokumentów zamówienia, Ponieważ zamawiający dysponuje odpisami z KRS zarówno odwołującego jak i przystępującego sam dokonał oceny na podstawie posiadanych dokumentów czy zachodzą przesłanki z art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego i ustalił, że takich przesłanek brak. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych.

W zakresie zarzutu Nr 5 przystępujący wykazał, że dysponuje osobami posiadającymi odpowiednie specjalności skierowanymi do realizacji zamówienia przedkładając stosowne przedwstępne umowy o pracę, chociaż zgodnie z art. 95 ustawy nie był to wymóg konieczny na etapie składania ofert bowiem mamy tutaj do czynienia z dostawami, a nie z usługami bądź robotami budowlanymi.

Odwołujący cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków wskazanych w odwołaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, oferty przystępującego, wezwania z dnia 21 kwietnia 2022 r. odpowiedzi z dnia 26 kwietnia 2022, wezwania z dnia 27 kwietnia 2022 i odpowiedzi z dnia 12 maja 2022 r. oraz umów przedwstępnych z dnia 1 kwietnia 2022 r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał :

Ogłoszenie z dnia 1 marca 2022 r. Polska-Nagłowice: Słoneczne moduły fotowoltaiczne nr 2022/S 042-108286

Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym

III.1)

Warunki udziału

III.1.3)

Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych w zakresie:

2) dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje n/w osobami:

a) Projektant branży elektrycznej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

b) Projektant branży konstrukcyjno- budowlanej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń

c) Kierownik robót elektrycznych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

4. Na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu Wykonawca składa oświadczenie (JEDZ) wraz z ofertą a przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych

5. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą na wezwanie Zamawiającego w terminie do 10 dni składa podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia:

c) Dokument o którym mowa w Rozdziale V ust. 10 pkt. 2 SWZ- wykaz osób

IV.2.7) Warunki otwarcia ofert Data: 06/04/2022

VI.3) Informacje dodatkowe:

1. Postępowanie prowadzone jest w formie elektronicznej na zasadach opisanych w SWZ. Złożenie oferty w formie pisemnej spowoduje jej odrzucenie. Oferty należy sporządzić w języku polskim pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej. Oferty należy składać w

postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Informacje ogólne o sposobie składania ofert w formie elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy zakupowej znajdującej się pod linkiem

oraz poczty elektronicznej.

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz.

1129 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego (art. 132 ustawy Pzp).

3. Zamawiający w oparciu o zapisy art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

4. Na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu Wykonawca składa oświadczenie (JEDZ) wraz z ofertą a przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych

5. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą na wezwanie Zamawiającego w terminie do 10 dni składa podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia:

a) Dokument o którym mowa w Rozdziale V ust. 11 SWZ- polisa lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 800 000,00 zł

b) Dokument o którym mowa w Rozdziale V ust. 10 pkt. 1 SWZ- wykaz dostaw

c) Dokument o którym mowa w Rozdziale V ust. 10 pkt. 2 SWZ- wykaz osób

d) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie, opisanym w rozdziale VI ust. 4 pkt 1 SWZ

e) Oświadczenia wykonawcy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w zakresie, opisanym rozdziale VI ust. 4 pkt 2 SWZ

f) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat o którym mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 3

SWZ

g) zaświadczenia, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne o którym mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 4 SWZ

h) Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) o którym mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 5 SWZ

W treści SWZ zamawiający zawarł następujące postanowienia:

III. Opis przedmiotu zamówienia.

11. Zamawiający wymaga w oparciu o art. 95 ust. 1 ustawy Pzp zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę wszystkich pracowników fizycznych bezpośrednio związanych z montażem i uruchomieniem dostarczanego sprzętu, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 par 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. (Dz.U. 2020r poz. 1320)

Ilości pracowników niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia określa Wykonawca uwzględniając termin wykonania oraz złożoność opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca na każdym etapie realizacji umowy jest uprawniony do wprowadzenia dodatkowych pracowników lub wymiany tych zgłoszonych przed podpisaniem umowy. Do pracowników podwykonawców zapisy o pracownikach zatrudnionych na umowę o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia stosuje się odpowiednio. Sposób kontroli i weryfikacji zatrudnienia uregulowano w projekcie umowy.

V. Warunki udziału w postępowaniu

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy złożą wraz z ofertą oświadczenia a wskazany Wykonawca na żądanie Zamawiającego w terminie 10 dni od wezwania, przedłoży wymagane w SWZ dokumenty w zakresie:

1) spełnienia warunków udziału w postępowaniu

2) niepodleganiu wykluczenia

2. Oświadczenia, o którym mowa w ust. 1 należy złożyć w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „jednolitym dokumentem lub JEDZ”).

JEDZ dla podmiotów składających ofertę wspólnie oraz podmiotów udostępniających potencjał składany jest oddzielnie dla każdego z tych podmiotów. JEDZ wraz z ofertą składany jest w formie elektronicznej opatrzony elektronicznym podpisem kwalifikowanym w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu.

3. Wykonawca wypełnia JEDZ, tworząc dokument elektroniczny. Może korzystać z narzędzia ESPD lub innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzenie dokumentu elektronicznego, w szczególności w jednym z formatów wskazanych w SWZ.

4. Informacje zawarte w JEDZ stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

5. Jednolity dokument stanowi Załącznik nr 4 do SWZ oraz Instrukcja wypełniania (Wersja wstępna) jednolitego dokumentu stanowi Załącznik nr 5 do SWZ.

6. W przypadku wypełniania jednolitego dokumentu należy uwzględnić obowiązujące przepisy ustawy Pzp pomocne będą informacje na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie wypełniania jednolitego dokumentu, z którą Zamawiający zaleca się zapoznać pod adresem:

7. W odniesieniu do Wykonawcy, który w świetle przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 5 oraz art. 109 ustawy Pzp podlega wykluczeniu, Zamawiający dopuszcza (sa-

mooczystczenie) self - cleaning. Na zasadach opisanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp

10. Zdolność techniczna lub zawodowa:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych w zakresie:

2) dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje n/w osobami:

a) Projektant branży elektrycznej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i

elektroenergetycznych

- b) Projektant branży konstrukcyjno- budowlanej - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń
- c) Kierownik robót elektrycznych - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W przypadku składania oferty przez dwóch lub więcej Wykonawców warunek jest spełniony, jeżeli łącznie Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykażą się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o których mowa powyżej.

Zamawiający uznaje:

- a) wymagane uprawnienia określone w rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz
- b) uprawnienia obowiązujące wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawnych, a także
- c) zgodnie z art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane zamawiający uznaje również wymagane uprawnienia budowlane nabyte w innych niż Rzeczpospolita Polska państwach członkowskich Unii Europejskiej, państwach członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stronach umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej, na zasadach określonych w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. (t.j. Dz.U. z 2021r poz. 1646) o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

VI. Podstawy wykluczenia.

1. Na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu Wykonawca składa oświadczenie (JEDZ) wraz z ofertą a przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 4.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę z zastrzeżeniem art.

110 ust. 2 ustawy Pzp.:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258

Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art.

48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie,

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-

277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym

mowa w pkt 1);

3) wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzją administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba, że Wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

4) wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

5) jeżeli Zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że Wykonawca zawarł z innymi Wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe, chyba że wykaza, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego Wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. W zakresie przesłanek fakultatywnych z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę:

1) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu składania ofert 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; XIV. Opis sposobu przygotowania oferty.

11. Ofertę należy złożyć z wymaganymi załącznikami:

- Oferta cenowa zgodna z załączonym drukiem „formularza oferty” - załącznik nr 1 do SWZ, która zawiera cenę wyliczoną w sposób opisany w rozdziale XVII SWZ.
- Oświadczenia JEDZ, o których mowa w rozdziale V ust. 2 SWZ (załącznik nr 4 do SWZ)
- Pełnomocnictwo - Jeżeli oferta wraz z oświadczeniami składana jest przez pełnomocnika należy do oferty załączyć pełnomocnictwo upoważniające pełnomocnika do tej czynności.
- Pełnomocnictwo dla pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - dotyczy ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
- Wykonawca, który polega na zasobach innych podmiotów składa wraz z ofertą oświadczenie podmiotu o udostępnieniu zasobów wskazujące na okoliczności opisane w rozdziale V ust. 5 SWZ oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 1.
- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika jaki zakres rzeczowy wykonania zamówienia realizować zamierzają poszczególni Wykonawcy.

- Oryginał wniesienia wadium, jeżeli zabezpieczenie wadium zostało wniesione w formie niepieniężnej.

Z formularza ofertowego przystępującego wynika, że oświadczył on, że:

- przedmiot zamówienia poza usługami kluczowymi zrealizuje samodzielnie

załącznik nr 4 do SWZ

STANDARDOWY FORMULARZ JEDNOLITEGO EUROPEJSKIEGO DOKUMENTU ZAMÓWIENIA

cz. II sekcja D

Podwykonawstwo: Odpowiedź: Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? X NIE

Część IV: Kryteria kwalifikacji

Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: [X] Tak

C: Zdolność techniczna i zawodowa

6) Następującym wykształceniem i kwalifikacjami zawodowymi legitymuje się: a) sam usługodawca lub wykonawca: lub (w zależności od wymogów określonych w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia): b) jego kadra kierownicza: a) [.....] b) [.....]

W dniu 21 kwietnia 2022 r. zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy wezwał przystępującego do uzupełnienia oświadczenia w formie jednolitego dokumentu :

3) W części IV Kryteria kwalifikacji Sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa, punkt 2) „Pracownicy techniczni lub służby techniczne....” . Wykonawca zobowiązany był wykazać, że

disponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W tym punkcie wykonawca powinien podać dokładne informacje wymagane w SWZ: imię, nazwisko, rodzaj uprawnień oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami zgodnie z rozdz. V ust. 10 pkt. 2 lit a, b, c.

Przystępujący uzupełnił dokument JEDZ w dniu 26 kwietnia 2022 r. o następujące informacje w sekcji IV lit. D:

[Projektant branży elektrycznej - J. D., Uprawnienia budowlane nr ewid. KI-54/98 do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej - P. Z. Uprawnienia budowlane nr SWK/0065/PWBKb/18 do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń

Kierownik robót elektrycznych - J. D. Uprawnienia budowlane nr ewid. KI-54/98 do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych]

W dniu 27 kwietnia 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym wykazu osób zgodnie z załącznikiem nr 10 do SWZ. Przystępujący złożył wykaz osób, w którym wskazał:

1. Magister inżynier elektryk J. D. Projektant branży elektrycznej Pracownik Wykonawcy (dysponowanie własne) Numer uprawnień: KI-54/98 Data wydania uprawnień: 18-12-1998 Zakres uprawnień: Uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Nazwa organu wydającego uprawnienia: Wojewoda Kielecki
2. P. Z. Projektant branży konstrukcyjno- budowlanej Pracownik Wykonawcy (dysponowanie własne) Numer uprawnień: SWK/0065/PWBKb/18 Data wydania uprawnień: 28-06-2018 Zakres uprawnień: Uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń Nazwa organu wydającego uprawnienia: Świętokrzyska Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa
3. Magister inżynier elektryk J. D. Kierownik robót elektrycznych Pracownik Wykonawcy (dysponowanie własne) Numer uprawnień: KI-54/98 Data wydania uprawnień: 18-12-

1998 Zakres uprawnień: Uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Nazwa organu wydającego uprawnienia: Wojewoda Kielecki

Do wykazu przystępujący dołączył decyzję dla J. D. nr KI-54/98 z 18 grudnia 1998 r. nadającą uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz zaświadczenie z Polskie Izby Inżynierów Budownictwa nr SWK-36L-12W-KP9 i decyzję dla P. Z. z dnia 28 czerwca 2018 r. nr SWK/0065/PWBKb/18 o nadaniu uprawnień budowlanych do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno budowlanej bez ograniczeń oraz zaświadczenie z Polskie Izby Inżynierów Budownictwa nr SWK-WTL-LSU-32U.

Z umowy przedwstępnej z dnia 1 kwietnia 2022 r. wynika, że przystępujący zawarł z J. D. umowę zobowiązującą do zawarcia umowy o pracę w przypadku realizacji zadania pn. „Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach zarządzanych przez Gminę Nagłowice”. Pan D. miał być zatrudniony na stanowisko projektanta branży elektrycznej oraz kierownika robót

elektrycznych w wymiarze % etatu. Termin zawarcia umowy o pracę ustalono na dzień zawarcia umowy o zamówienie publiczne między przystępującym, a Gimną Nagłowice.

Z umowy przedwstępnej z dnia 1 kwietnia 2022 r. wynika, że przystępujący zawarł z P. Z. umowę zobowiązującą do zawarcia umowy o pracę w przypadku realizacji zadania pn. „Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach zarządzanych przez Gminę Nagłowice”. Pan Z. miał być zatrudniony na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej w wymiarze % etatu. Termin zawarcia umowy o pracę ustalono na dzień zawarcia umowy o zamówienie publiczne między przystępującym, a Gimną Nagłowice.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy przez jego niezastosowanie w sprawie a polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty GM Starbud Sp. z o. o. który na wezwanie zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy nie przedłożył prawidłowo wypełnionej treści JEDZ w zakresie wykazania warunku dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez zaniechanie wskazania podstaw dysponowania tymi osobami co powoduje, że zamawiający nie mógł ocenić, że wykonawca spełnia postawiony w SWZ warunek w tym zakresie a w konsekwencji naruszenie art. 126 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie i wezwanie wykonawcy GM Starbud do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy oferta ta nie powinna podlegać dalszej ocenie i winna zostać odrzucona co również godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 226 ust. 1 lit. c ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podstawa wykluczenia musi być odczytywana ściśle. W ocenie Izby umknęło uwadze odwołującego, to, że nie każdy brak w oświadczeniu JEDZ, czy podmiotowych środkach dowodowych jest traktowany jako podstawa odrzucenia oferty. Brak ten musi bowiem uniemożliwiać zamawiającemu ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W badanej sprawie, rzeczywiście zamawiający oczekiwał podania w JEDZu informacji o podstawie dysponowania osobą kierowaną do wykonania zamówienia. Jednakże sposób tego dysponowania nie był elementem warunku udziału w postępowaniu ustanowionym przez zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał trzy osoby kierowane na określone funkcje w ramach realizacji tego zamówienia, oraz wymagał, aby

te osoby posiadały określone uprawnienia zawodowe. Jednak z brzmienia warunku nie można wywieść, że zamawiający uzależniał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, od tego, czy osoby te będą zasobem własnym wykonawcy, czy też będą w dyspozycji podmiotu udostępniającego zasoby, czy też będą należeć do podwykonawcy. Tym samym dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu irrelevantne było to, czy wykonawca dysponuje tą osobą samoistnie, czy ma do niej dostęp za pomocą umów wiążących go z innymi podmiotami. Co więcej wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę dotyczył jedynie wszystkich pracowników fizycznych bezpośrednio związanych z montażem i uruchomieniem dostarczanego sprzętu, natomiast nie dotyczył projektanta branży elektrycznej, projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej i kierownika robót elektrycznych. Tym samym fakt, czy w dacie złożenia ofert tj. 6 kwietnia 2022 r. przystępujący zatrudniał tych projektantów i kierownika na podstawie umowy o pracę nie mógł przesądzać o spełnieniu lub nie warunku udziału w postępowaniu. Izba zauważa również, nie jest wymogiem ustawowym, aby wszystkie elementy wynikające z rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), były wstępnie potwierdzane w JEDZu. Przeciwnie zgodnie z Sekcją IV Kryteria Kwalifikacji lit. C Zdolność techniczna i zawodowa wykonawcy mają odpowiedzieć na pytanie:

2) Może skorzystać z usług następujących pracowników technicznych lub służb technicznych, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości: W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawca będzie mógł się zwrócić do następujących pracowników technicznych lub służb technicznych o wykonanie robót:

[.....] [.....]

Z tak sformułowanego dokumentu nie wynika, aby obowiązkiem wykonawcy było podanie wszystkich informacji wynikających z par. 9 ust. 1 pkt 3 cyt. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Przeciwnie jak wynika z instrukcji wypełniania JEDZa aktualnej w tym postępowaniu, a więc wersji na dzień 20 stycznia 2022 r. we wskazanej powyżej rubryce formularza należy zawrzeć wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, adekwatnie do wymogów określonych w tym zakresie przez zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu (kryterium kwalifikacji), które odnosi się do potencjału osobowego wykonawcy. Tym samym w tym miejscu formularza można wskazać przykładowo informacje dotyczące kwalifikacji tych osób, o ile zamawiający określił w tym zakresie konkretne wymogi.

Zatem, gdyby zamawiający określił w warunku, że wymaga zatrudnienia osób umieszczanych w wykazie na podstawie umowy o pracę na dzień składania ofert, to byłby to element warunku, który należało potwierdzić w JEDZ. W tym postępowaniu zamawiający takiego wymogi nie postawił, tym samym żądanie przez niego na etapie składania JEDZ przedstawiania informacji o sposobie dysponowania potencjałem kadrowym nie służyło wstępnemu potwierdzeniu spełniania warunku i braku w tym zakresie nie uniemożliwiały zamawiającemu weryfikacji, czy wstępnie warunek udziału został potwierdzony. Natomiast wymóg wykazania podstawy dysponowania dotyczy podmiotowego środka dowodowego i ten przystępujący złożył ze wskazaniem, że osobami kierowanymi do wykonania zamówienia dysponuje jako zasobem własnym - pracowników wykonawcy. Przy czym skoro zamawiający nie uzależniał spełnienia warunku od tego, na podstawie jakiej umowy wykonawca będzie dysponował zasobem, to w ocenie Izby fakt, że do zawarcia umowy o pracę dojdzie dopiero po zawarciu zamówienia publicznego nie może podważać wykazania warunku udziału przez przystępującego. Izba wzięła też pod uwagę fakt, że przedłożone przez przystępującego umowy przedwstępne z dnia 1 kwietnia 2022 r. potwierdzają, że na dzień składania ofert tj. 6 kwietnia 2022 r. przystępujący posiadał możliwość dysponowania osobami Pana Z. i Pana D. na potrzeby realizacji tego zamówienia. Tym samym przystępujący był w stanie wykazać, że od upływu terminu składania ofert do daty wyboru oferty najkorzystniejszej mógł powoływać się na zasób kadrowy jako własny. Odwołujący cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodów z osobowych źródeł dowodowych, tym samym jego twierdzenia o braku wiarygodności dowodów z dokumentów przedstawionych przez przystępującego pozostały gołosłowne. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia zarzucanych zamawiającemu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy przez jego niezastosowanie w sprawie a polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty GM Starbud Sp. z o.o. w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku dysponowania osobami które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia składając w wykazie osób oświadczenie, że wszystkie wymienione tam osoby łączy z wykonawcą stosunek pracy w rozumieniu art. 22 par. 1 kodeksu pracy podczas gdy wykonawcę nie łączy z tymi stosunek pracy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zatrudnienie na umowę o pracę nie było elementem warunku udziału w postępowaniu, tym samym oświadczenia przystępującego w tym zakresie były irrelewantne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie postawił wymogu, aby projektanci i kierownik robót elektrycznych wskazywani w wykazie osób byli zatrudnieni na umowy o pracę. Przeciwnie wymóg ten dotyczył pracowników fizycznych bezpośrednio związanych z montażem i uruchomieniem dostarczanego sprzętu. Przystępujący wykazał, że zapewnił sobie dostępność projektantów i kierownika robót za pomocą zawartych umów przedwstępnych obligujących strony do zawarcia w dacie podpisania umowy o zamówienie umowy o pracę, co w ocenie Izby w wystarczający sposób świadczy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 86 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu obligatoryjnych podstaw wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy, co w konsekwencji prowadzi do braku spójności ogłoszenia z SWZ i może wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców i w konsekwencji prowadzić do naruszenia zasady "uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a to z kolei prowadzi do naruszenia art. 255 pkt. 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą na tym etapie postępowania

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby stanowisko odwołującego sprowadza się do oczekiwania, że zamawiający wskaże wprost w ogłoszeniu art. 108 ust. 1 ustawy jako podstawę wykluczenia. Rzeczywiście zamawiający nie powołał w ogłoszeniu o zamówieniu art. 108 ust. 1 ustawy. Natomiast w ocenie Izby nie świadczy, to wcale o braku spójności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a SWZ. Przeciwnie zamawiający wprost w ogłoszeniu określił dokumenty służące wyłącznie weryfikacji braku podstaw wykluczenia z art. 108 ustawy. Wynikają one z sekcji VI.3) Informacje dodatkowe Ogłoszenia o zamówieniu, gdzie w pkt. 5 zamawiający określił jakich podmiotowych środków dowodowych zażąda od wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza i były to

d) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie, opisanym w rozdziale VI ust. 4 pkt 1

SWZ

e) Oświadczenie wykonawcy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w zakresie, opisanym rozdziale VI ust. 4 pkt 2 SWZ

f) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat o którym mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 3

SWZ

g) zaświadczenie, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne o którym mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 4 SWZ

h) Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) o którym mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 5 SWZ

Ten katalog dokumentów jednoznacznie wskazywał, że zamawiający będzie weryfikował podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5, co znalazło swoje potwierdzenie w SWZ. Tym samym dokumenty te są ze sobą spójne. Zamawiający przez brak wskazania, że te dokumenty żąda w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z art. 108, nie wpłynął na katalog podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Przeciwnie wykonawcy, którzy zapoznali się z ogłoszeniem wiedzieli, że jeśli będą ocenieni najwyżej zostaną wezwani do zaświadczeń o braku karalności, braku zaległości podatkowych i składowych, a także dotyczących powiązań w ramach grupy kapitałowej, a w konsekwencji mogli realnie ocenić swoje szanse na udział w postępowaniu, także w zakresie przesłanek z art. 108 ust. 1 ustawy. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 pkt. 1 - 3 w zw. z art. 22 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 roku o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego przez jego nieza stosowanie w sprawie i zaniechanie zbadania wybranego wykonawcy Gm Starbud Sp. z o. o.

pod kątem brak istnienia przesłanek wykluczenia na mocy tej ustawy

Zarzut potwierdził się. Izba dostrzega, że zamawiający ogłaszając postępowania o udzielenie zamówienia nie był jeszcze obowiązany do badania przesłanek wykluczenia z art. 7 ust. 1 pkt 1- 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Postępowanie bowiem zostało wszczęte w dniu 1 marca 2022 r., a otwarcie ofert nastąpiło w dniu 6 kwietnia 2022 r., a więc przed wejście w życie wskazanych przepisów i przed datą rozpoczęcia ich obowiązywania. Jednak rację należy przyznać odwołującemu, że w świetle art. 22 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, podstawy wykluczenia wskazane w art. 7 ust. 1 tej ustawy znajdują także zastosowanie do postępowań wszczętych i niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy. Rację ma też odwołujący, że zgodnie z treścią art. 7 pkt 18 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, do tej chwili wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, o ile zaistnieją podstawy wykluczenia. Tym samym, obowiązek zbadania postaw wykluczenia określonych art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego odnosi się również do postępowań, w których dokonano już wyboru oferty najkorzystniejszej, ale nie doszło jeszcze do zawarcia umowy. Zamawiający ma natomiast rację, co do tego, że po upływie terminu składania ofert nie może dokonywać zmian w treści dokumentów zamówienia. Z jednej strony następuje więc sytuacja, że w dokumentach zamówienia nie ma podstawy wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy szczególnej, z drugiej zbadanie zaistnienia tych podstaw jest obligatoryjne i dopuszczenie do realizacji zamówienia przez wykonawcę, co do którego takie przesłanki wykluczenia zachodzą skutkowałoby koniecznością odstąpienia od zawartej umowy. Wążąc te dwie okoliczności należy jeszcze zwrócić uwagę na cel wprowadzenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy szczególnej, jakim jest nałożenie sankcji na Federację Rosyjską w związku z agresją na Ukrainę, które mają uniemożliwić czerpanie korzyści z kontraktów publicznych państw członkowskich Unii Europejskiej i ukrócić finansowanie Federacji Rosyjskiej. Z tego względu z uwagi na cel wprowadzonych rozwiązań prawnych należy uznać, że dla realizacji tego celu konieczne jest zapewnienie faktycznego i jak najszybszego odcięcia Federacji Rosyjskiej od źródeł finansowania, co oznacza, że konieczne jest przyjęcie bezpośrednio skutecznych rozwiązań prawnych takie finansowanie uniemożliwiających. Tym samym w ocenie Izby należy uznać, że naruszenie w tym przypadku zasady przejrzystości na rzecz realizacji bezpieczeństwa państw członkowskich UE jest usprawiedliwione nadzwyczajnymi okolicznościami.

Tym samym w ocenie Izby konieczna jest taka wykładnia powołanego art. 22 ustawy, która zapewni możliwość ustalenia braku podstaw wykluczenia także z ustawy szczególnej. W ocenie Izby w takim przypadku zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy w zw. z art. 22 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego powinien wezwać wybranego wykonawcę do złożenia odpowiednich podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 7 ust. 1 ww. ustawy. Izba bowiem nie podziela stanowiska zamawiającego, że powinien poprzestać na samodzielnej weryfikacji braku podstaw wykluczenia, choćby z tego względu, że brak oświadczenia wykonawcy w przedmiocie braku podstaw wykluczenia uniemożliwia przy błędnej weryfikacji zamawiającego uznanie, że wykonawca dopuścił się wyłudzenia zamówienia.

Na potwierdzenie, że w stosunku do danego wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia przewidziana w art. 5k rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, zamawiający żąda oświadczenia, że w stosunku do wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia przewidziana w art. 5k rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, czyli oświadczenie to powinno dotyczyć potwierdzenia, że wykonawca nie jest:

1. obywatelem rosyjskim, osobą fizyczną lub prawną, podmiotem lub organem z siedzibą w Rosji;
2. osobą prawną, podmiotem lub organem, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji;
3. osobą fizyczną lub prawną, podmiotem lub organem działającym w imieniu lub pod kierunkiem:
 - a. obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji lub

b. osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji,

oraz że żaden z jego podwykonawców, dostawców i podmiotów, na których zdolności wykonawcy polega, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10 % wartości zamówienia, nie należy do żadnej z powyższych kategorii podmiotów. Poza oświadczeniem własnym wykonawcy zamawiający może także badać odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Informację o tym, czy dany podmiot należy w ponad 50% do obywateli rosyjskich znaleźć można w Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych lub jego odpowiednikach w innych krajach.

Mając powyższe na uwadze Izba ten zarzut uznała za zasady i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie przystępującego do złożenia oświadczenia co do braku podstaw wykluczenia z art. 7 ustawy szczególnej i ewentualnie innych podmiotowych środków dowodowych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy GM Starbud Sp. z o. o. podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowaniem osobami odpowiedniej specjalności skierowanymi do realizacji zamówienia

Zarzut potwierdził się. Wybór przystępującego na datę wyrokowania okazał się być przedwczesny, gdyż w ocenie Izby zamawiający poprzestając na badaniu własnym podstaw wykluczenia nie przeprowadził weryfikacji przystępującego w sposób prawidłowy, a tym samym nie zostało ostatecznie przesądzone, że wobec przystępującego nie zachodzą podstawy wykluczenia. Tym samym Izba musiała uznać wybór oferty najkorzystniejszej za wadliwy i nakazać jego unieważnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 ustawy obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), dalej zwanego „rozporządzeniem ws. kosztów”. Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis w wysokości 15 000,00 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3600,00 zł (wynagrodzenie z przedłożonej faktury VAT zostało zmniejszone do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia ws. kosztów). Ponadto, do kosztów postępowania zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3600,00 zł i koszty dojazdu 398, 40zł. Łącznie koszty wyniosły 22 598, 40 zł. Zgodnie z proporcją uwzględnionych zarzutów (2 zarzut) do zarzutów oddalonych (3 zarzuty), zamawiający odpowiada za koszty w części 2/5 (9 039, 36zł), zaś odwołujący w części 3/5 (13 559,04 zł). Dotychczasowo poniesione koszty odwołującego włączone w poczet kosztów to 18 600 zł, zaś zamawiającego 3 998, 40 zł. Izba zasądziła zatem na rzecz odwołującego 5 041,00 zł różnicy, zaokrąglając jej wartość zgodnie z § 7 ust. 6 rozporządzenia ws. kosztów.

Przewodniczący: