

Sygn. akt: KIO 4053/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę: **Częstobud sp. z o.o., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Miasto Sieradz, Plac Wojewódzki 1, 98-200 Sieradz,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **Malik Development sp. z o.o., Pieczyska 83, 98-400 Wieruszów,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutu nr 1 i 2 i nakazuje zamawiającemu w części nr 4 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Malik Development sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 2/3 i odwołującego w części 1/3, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 534 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4053/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasto Sieradz, Plac Wojewódzki 1, 98-200 Sieradz, prowadził trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i modernizacja infrastruktury sportowej w Sieradzu”, numer referencyjny: WIZ-Z.271.03.05.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.07.2024 r., nr 135/2024 417837-2024

W dniu 04.11.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Częstobud sp. z o.o., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, i w związku z tym naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Malik Development sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wskazanego w rozdziale X pkt 1 lit. a dla części nr 4 zamówienia,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Malik Development sp. z o.o., a następnie odrzucenia jego oferty, pomimo że wykonawca ten składając JEDZ przedstawił nieprawdziwe informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo że na dzień składania ofert Wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wskazanego w rozdziale X pkt 1 lit. a dla części nr 4 zamówienia,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Malik Development sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten zamierza zlecić całość realizacji zamówienia podwykonawcy, bowiem sam nie posiada ani doświadczenia, ani zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(...) w treści SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Składając swoją ofertę Wykonawca Malik Development Sp. z o.o. (Pieczyska 83, 98-400 Wieruszów) przedłożył

dokument JEDZ datowany i podpisany w dniu 9 września 2024 roku (tj. analogicznie jak dzień składania ofert), w którym oświadczył, że spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu. (...)

Następnie, na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 września 2024 roku do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Wykonawca Malik Development Sp. z o.o. przedłożył w dniu 1 października 2024 roku dokument polisy nr 436000367292 obowiązujący od 01.09.2024 do 31.08.2024, z którego wynika, że ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności zostało zawarte na sumę gwarancyjną 6 000 000,00 zł – podczas gdy w tym postępowaniu warunek opiewał na kwotę minimum 12 000 000,00 zł: (...)

Wyłącznie w zakresie kontraktu pn. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Sikorskiego w Sieradzu” wskazano na zwiększoną sumę gwarancyjną:

W treści polisy nie znajduje się analogiczne uregulowanie dla niniejszego zamówienia pn. „Przebudowa i modernizacja infrastruktury sportowej w Sieradzu” – część 4 - rozbudowa i modernizacja sali gimnastycznej w budynku przy ul. Rycerskiej 4 Szkoły Podstawowej nr 1 w Sieradzu. Podsumowując wskazać należy, że z powyższego dokumentu polisy jednoznacznie wynika, że Wykonawca w okresie od dnia 1 września 2024 roku był ubezpieczony co najwyżej na sumę gwarancyjną 6 000 000,00 zł, a nie 12 000 000,00 zł jak wymagał tego Zamawiający.

Uzupełniając dokumenty, Wykonawca Malik Development Sp. z o.o. poza dokumentem polisy nr 436000367292 przedłożył również dokument pn. Aneks nr 1 z dnia 27.09.2024 do polisy nr 436000367292, z którego wynika, że obowiązuje on od dnia 1 października 2024 roku:

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że dopiero od dnia 1 października 2024 roku doszło do zwiększenia sumy ubezpieczenia do kwoty 12 000 000,00 zł. Wcześniej, tj. od dnia 1 września 2024 roku ubezpieczenie opiewało tylko na kwotę 6 000 000,00 zł, tj. na wartość nieodpowiadającą treści postawionego warunku.

Powyższe, powinno doprowadzić do stwierdzenia, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a także, że składając swoją ofertę złożył fałszywe oświadczenie o tym, że warunki spełnia. Termin składania ofert został bowiem wyznaczony w tym postępowaniu na dzień 9 września 2024 roku, a jak wynika z powyższych dokumentów w tym dniu Wykonawca posiadał co najwyżej ubezpieczenie na kwotę 6 000 000,00 zł, a nie na wymaganą sumę 12 000 000,00 zł, która jak wskazano w treści aneksu do polisy obowiązuje dopiero od dnia 1 października 2024 roku.

Składając ofertę oraz podpisując dokument JEDZ Wykonawca nie był ubezpieczony na wymaganą sumę gwarancyjną, a co za tym idzie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, Wykonawca nie mógł złożyć w tym zakresie skutecznego i prawdziwego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumentu JEDZ, bowiem dokument polisy (aneks) nie istniał w obrocie w dniu składania oferty i składania tego oświadczenia, tj. 9 września 2024 roku. Wykonawca składając oświadczenie i potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu oświadczył w tym zakresie nieprawdę.

Kluczowym w niniejszej sprawie jest fakt, iż Wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie innej argumentacji prowadziłoby do uznania, że do postępowania zgłaszałyby się podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i – tym samym – niedające gwarancji należytego wykonania umowy. (...)

Jednocześnie, Odwołujący wskazuje, że poddaje w wątpliwość samą treść polisy oraz aneksu nr 1 do tej polisy, w których wskazano, że ubezpieczającym jest ZAKŁAD USŁUGOWO- BUDOWLANY A.M., a nie Malik Development Sp o.o. Wykonawca składając ofertę powołał się na zasoby podmiotu trzeciego ZAKŁAD USŁUGOWO- BUDOWLANY A.M. wyłącznie w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a nie w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, a zatem nie ma podstaw do tego, aby uznać za wiążącą polisę wystawioną na inny podmiot niż Wykonawca. Wskazać należy, że aneks nr 1 w ogóle nie wskazuje Wykonawcy Malik Development Sp. z o.o. w swojej treści, a tylko ZAKŁAD USŁUGOWO - BUDOWLANY A.M., który nie jest Wykonawcą w tym postępowaniu. Również potwierdzenie zapłać składki zostały wystawione przez Wykonawcę ZAKŁAD USŁUGOWO - BUDOWLANY A.M., przez co Odwołujący poddaje w wątpliwość skuteczność polisy jako takiej. (...)

Dodatkowo, Odwołujący podnosi, że oferta Wykonawcy Malik Development Sp. z o.o. jest sprzeczna z treścią art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który wskazuje, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Powyższy przepis wskazuje jednoznacznie, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, a nie całości tego zamówienia. W ramach niniejszego postępowania mamy zaś sytuację, w której warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca spełnia za pomocą podmiotu trzeciego, którym jest ZAKŁAD USŁUGOWO-BUDOWLANY A.M.. To ten podmiot posiada doświadczenie i zasoby do realizacji zamówienia i to ten podmiot – jak wskazano w ofercie oraz w zobowiązaniu – wykona roboty budowlane w ramach realizacji zamówienia: (...)

Fakt, że Wykonawca Malik Development Sp. z o.o. zamierza zlecić całość realizacji zamówienia podmiotowi trzeciemu

wynika również z faktu, że jak wskazano w treści zaświadczenia z ZUS wystawionego w dniu 26 września 2024 roku dla Malik Development sp. z o.o. – Wykonawca nie jest płatnikiem składek ZUS, a zatem nie zatrudnia nikogo ani na umowie o pracę, ani na umowie zlecenie. Wykonawca nie ma zatem żadnych zatrudnionych osób, które mogłyby realizować przedmiotowe zamówienie. Nie posiada zasobów do jego realizacji, co wprost pokazuje, że nie zamierza realnie wykonywać tego zamówienia, a zlecić jego wykonanie podwykonawcy, co jest sprzeczne z treścią art. 462 ust. 1 ustawy Pzp.”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 4 postępowania,
- 2) ponowne badanie i ocenę ofert i w ramach tej czynności odrzucenie oferty wykonawcy Malik Development Sp. z o.o., a także wykluczenie tego wykonawcy.

Pismem z dnia 06.11.2024 r. wykonawca Malik Development sp. z o.o., Piecyska 83, 98-400 Wieruszów (dalej: „Przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 14.11.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W tym samym dniu również Przystępujący przedstawił pisemnie swoją argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa i modernizacja infrastruktury sportowej w Sieradzu. Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 4, której przedmiotem jest rozbudowa i modernizacja sali gimnastycznej w budynku przy ul. Rycerskiej 4 Szkoły Podstawowej nr 1 w Sieradzu.

W rozdziale X specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w ramach warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający w części nr 4 wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z sumą ubezpieczenia na kwotę minimum 12.000.000,00 złotych (suma gwarancyjna).

Ponadto w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający w części nr 4 wymagał wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca wykonał należycie co najmniej 1 robotę polegającą na wykonaniu rozbudowy lub przebudowy lub nadbudowy lub budowy sali gimnastycznej lub innego budynku na cele sportowe o kubaturze min. 7.000 m³.

Termin składania ofert upłynął w dniu 09.09.2024 r.

Przystępujący złożył ofertę, w której wskazał zakres robót budowlanych, jakie zamierza powierzyć podwykonawcy i do której dołączył oświadczenie JEDZ, w którym:

- wskazał, że będzie korzystał z zasobów innych podmiotów,
- wskazał, że będzie korzystał z podwykonawcy - Zakład Usługowo-Budowlany Alina Malik,
- wskazał, że „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji”.

Przystępujący dołączył zobowiązanie Zakładu Usługowo-Budowlanego Alina Malik, w którym podmiot ten jako sposób, okres i zakres udostępnienia zasobów wpisał: „Zakład Usługowo-Budowlany Alina Malik jako podwykonawca Malik Development Sp. z o.o. wykona roboty budowlane przez cały okres realizacji zamówienia”.

W dniu 19.09.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Przystępujący złożył m.in.:

- 1) polisę nr 436000367292 na okres ubezpieczenia: 01.09.2024 – 31.08.2025, w której podmiotem ubezpieczonym w zakresie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności jest m.in. Przystępujący, a suma gwarancyjna wynosi 6 000 000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki. Dodatkowo w polisie tej wpisano:
„Wyłącznie dla kontraktu pt.: *"Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Sikorskiego w Sieradzu "* Limit odpowiedzialności jest podwyższony:
1/ Suma gwarancyjna:
Było: 3 000 000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki
Jest: 18 000 000,00 PLN na jeden i wszystkie wypadki”
- 2) aneks nr 1 z dnia 27.09.2024 r. do ww. polisy nr 436000367292, na mocy którego wprowadzono zmianę: „W związku z realizacją kontraktu: *"Przebudowa i modernizacja infrastruktury sportowej w Sieradzu - część nr 4 zamówienia: rozbudowa i modernizacja sali gimnastycznej w budynku przy ul. Rycerskiej 4 Szkoły Podstawowej nr 1 w Sieradzu"*, suma gwarancyjna dla tego kontraktu ulega zwiększeniu 12.000.000,00 PLN”,
- 3) wykaz robót, w którym wskazano „Przebudowę Sali gimnastycznej w Głazie” wraz z referencją wystawioną dla Zakładu Usługowo-Budowlanego Alina Malik,
- 4) zaświadczenie z ZUS, w którym wpisano, że Przystępujący „nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS”.

W dniu 04.10.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego m.in.:

- 1) do poprawy zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego dla podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie formy złożenia tego dokumentu,
- 2) do uzupełnienia „dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Brak jest dokumentu potwierdzającego obowiązywanie ubezpieczenia w świetle art. 814 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061). Z przedstawionej polisy wynika, że na dzień oceny spełniania warunku udziału termin płatności jednorazowej raty upłynął (w dniu 13.09.2024 r.) W związku z powyższym, dla potwierdzenia ubezpieczenia niezbędne jest przedłożenie stosownego dowodu opłacenia składki”.

W odpowiedzi w dniu 09.10.2024 r. Przystępujący złożył m.in.:

- 1) zaświadczenie ZUS, w którym wskazano, że Zakład Usługowo-Budowlany Alina Malik nie posiada zaległości,
- 2) potwierdzenie od ubezpieczyciela dla Zakładu Usługowo-Budowlanego Alina Malik, że składka za polisę nr 436000367292. została w pełni opłacona.

Pismem z dnia 25.10.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych:

4) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) oraz pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

3) jest niezgodna z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 dotyczących wykazania przez Przystępującego spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wymagał w ramach tego warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z sumą ubezpieczenia na kwotę minimum 12.000.000,00 zł (suma gwarancyjna). Jednocześnie w rozdziale XI pkt 2) a) SWZ Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania tego warunku wymaga złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci: „dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego”. Zamawiający żądał więc złożenia podmiotowego środka dowodowego takiego samego, jak opisany w § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od

wykonawcy. Tym samym nie można zgodzić się z Zamawiającym, że z uwagi na ogólną treść warunku udziału w postępowaniu wykonawca w niniejszym postępowaniu mógł złożyć polisę dotyczącą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zasadzie w dowolnym zakresie. Raz jeszcze należy bowiem zwrócić uwagę, że o ile warunek odnosi się do „posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”, o tyle żądany na jego potwierdzenie dokument precyzuje, że chodzi o ubezpieczenie „od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

W niniejszej sprawie Przystępujący złożył polisę dotyczącą m.in. ubezpieczenia OCz tytułu prowadzenia działalności na sumę gwarancyjną 6.000.000,00 zł, czyli mniejszą niż wymagana w treści warunku. W treści tej polisy znajdowała się jednocześnie wzmianka o tym, że: „Wyłącznie dla kontraktu pt.: Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Sikorskiego w Sieradzu” suma gwarancyjna została podwyższona do 18.000.000,00 zł. W oparciu o tę wzmiankę Zamawiający uznał, że Przystępujący spełnia warunek posiadania ubezpieczenia na kwotę 12.000.000,00 zł.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że powyższa wzmianka o podwyższeniu sumy gwarancyjnej do 18.000.000,00 zł nie dotyczy inwestycji będącej przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, ale dotyczy innej prowadzonej przez Zamawiającego inwestycji. Jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego dowodu w postaci projektu umowy, wzmianka ta dotyczy postępowania na budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Sieradzu, w którym jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Przystępującego, który w związku z tym został zobowiązany do posiadania „ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej za szkody wyrządzone Zamawiającemu bądź osobom trzecim podczas i w związku z wykonywaniem zobowiązań przyjętych na podstawie niniejszej umowy”. Zatem podwyższenie sumy gwarancyjnej, o którym mowa w przedłożonej przez Przystępującego polisie w ogóle nie dotyczy niniejszego zamówienia i gdyby przyjąć rozumowanie Zamawiającego, który w oparciu o ww. wzmiankę w polisie uznał warunek za spełniony, to należałoby pozwolić wszystkim wykonawcom składać jakiegokolwiek polisy OC dotyczące ubezpieczenia jakichkolwiek inwestycji. Oczywistym jest, że taka sytuacja nie służyłaby celowi ustanawiania warunków udziału w postępowaniu, jakim jest wybór wykonawcy zapewniającego należyte wykonanie zamówienia.

Po drugie, ww. podwyższenie sumy gwarancyjnej do 18.000.000,00 zł dotyczy ubezpieczenia kontraktowego od odpowiedzialności cywilnej zabezpieczającego realizację konkretnej inwestycji, tj. budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Sikorskiego w Sieradzu. Ubezpieczenie takie nie jest tym samym, co ubezpieczenie wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które dotyczy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności. Zatem abstrahując nawet od tego, że ww. podwyższenie sumy gwarancyjnej odnosi się do innej inwestycji niż będąca przedmiotem niniejszego zamówienia, przede wszystkim należy zauważyć, że podwyższona suma gwarancyjna dotyczy ubezpieczenia kontraktowego realizacji tej właśnie inwestycji, a nie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia. Przy czym raz jeszcze należy przypomnieć, że właśnie takiego ubezpieczenia (w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności) wymagał Zamawiający opisując podmiotowy środek dowodowy mający potwierdzać spełnienie warunku. Tym samym nie można uznać, że dzięki ww. wzmiance o podwyższeniu sumy gwarancyjnej w zakresie wyłącznie kontraktu na budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Sikorskiego w Sieradzu, złożona przez Przystępującego polisa potwierdza spełnienie warunku, zgodnie z jego opisem i podmiotowym środkiem dowodowym wskazanym w SWZ. Na marginesie należy wskazać, że jeśli zamawiający oczekiwałby ubezpieczenia kontraktowego realizacji konkretnej inwestycji, to odpowiedni wymóg w tym zakresie powinien zawrzeć w projekcie umowy, a nie w warunkach udziału w postępowaniu.

Po trzecie, również przedłożony przez Przystępującego aneks do ww. polisy, na mocy którego podwyższono do 12.000.000,00 zł sumę gwarancyjną tym razem dla inwestycji będącej przedmiotem tego postępowania, nie potwierdza spełnienia przez Zamawiającego warunku. Pomijając to, że ponownie chodzi w nim o ubezpieczenie kontraktowe od odpowiedzialności cywilnej, przede wszystkim należy zauważyć, że aneks ten został zawarty w dniu 27.09.2024 r., czyli po upływie terminu składania ofert (09.09.2024 r.). Nie jest sporne, że wykonawcy muszą spełniać warunki udziału w postępowaniu w dniu składania ofert (por. wyrok KIO 539/23 z dnia 14.03.2023 r.). Zatem zawarcie po upływie tego terminu aneksu do polisy podwyższającego sumę gwarancyjną nie powoduje, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, złożone przez Przystępującego dokumenty, tj. polisa nr 436000367292 i aneks do tej polisy, nie potwierdzają, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jak wynika bowiem z tych dokumentów, Przystępujący jest ubezpieczony w ww. zakresie jedynie na sumę 6.000.000,00 zł, czyli niższą niż wymagana przez Zamawiającego.

Izba jednocześnie nie zgodziła się z Odwołującym, że fakt, iż składkę do polisy opłacił podmiot trzeci, który nie

udostępnił Przystępującemu zasobów ekonomicznych, a który został także wskazany w aneksie do polisy jako ubezpieczający, świadczy o tym, że polisa ta „nie jest wiążąca” dla Przystępującego. Należy zauważyć, że Przystępujący został wymieniony w polisie jako jeden z podmiotów ubezpieczonych i to kto opłacił składkę i jest ubezpieczającym, nie ma na to wpływu. Poza tym w aneksie do polisy, poza podwyższeniem sumy gwarancyjnej dla inwestycji będącej przedmiotem zamówienia, wskazano także: „Pozostałe warunki umowy nie ulegają zmianie”, co oznacza, że zmianie nie uległ m.in. zakres podmiotów ubezpieczonych, wśród których, jak już wyżej wspomniano, jest także Przystępujący.

Izba uznała ponadto za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp) dowód złożony przez Odwołującego w postaci opinii brokera. Opinia ta dotyczy kwestii podziału sumy gwarancyjnej w wysokości 6.000.000,00 zł na 9 podmiotów ubezpieczonych na mocy ww. polisy. Kwestia ta nie była podnoszona w zarzutach odwołania, dlatego w myśl art. 555 ustawy Pzp Izba nie rozpoznała jej i w konsekwencji pominęła też ww. dowód.

Niezasadność argumentacji Odwołującego w zakresie podmiotu ubezpieczającego i składki oraz nieprzydatność dowodu w postaci opinii brokera nie mają wpływu na to, że w świetle pozostałej argumentacji Izba uznała zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku w zakresie ubezpieczenia za zasadny.

Odnosząc się natomiast do kwestii wprowadzenia Zamawiającego w błąd należy zgodzić się z Odwołującym, że zaznaczając „TAK” w treści oświadczenia JEDZ Przystępujący oświadczył wstępnie, że spełnia m.in. warunek dotyczący posiadania ubezpieczenia, podczas gdy tego warunku nie spełniał. Jednocześnie złożenie wraz z polisą aneksu do niej, w ocenie Izby, z jednej strony dowodzi, że Przystępujący miał świadomość, a co najmniej podejrzewał, że polisa nie potwierdza spełnienia warunku, a z drugiej strony dowodzi, że Przystępujący próbował tę sytuację w jakiś sposób „naprawić”. Pomijając to, że podjęta „próba naprawy” okazała się nieskuteczna, przede wszystkim, w ocenie Izby, brak jest wystarczających podstaw do tego, by przypisać Przystępującemu zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zachowanie Przystępującego świadczy natomiast o lekkomyślności i niedbalstwie w ocenie możliwości wykazania przez niego spełnienia warunku. W ten sposób Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż mogło doprowadzić do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej (i doprowadziło). Przystępujący podlega zatem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że wprawdzie Przystępujący nie był wzywany, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia polisy na wymaganą w treści warunku sumę gwarancyjną (wezwanie dotyczyło składki), ale mimo to nie ma podstaw do wzywania go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Pomijając nawet to, że z okoliczności sprawy wynika, że w dniu składania ofert Przystępujący nie był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę min. 12.000.000,00 zł, przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia, jeżeli jego oferta i tak podlega odrzuceniu. W efekcie Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego korzystania przez Przystępującego z podwykonawstwa, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie tylko części zamówienia, a nie całość zamówienia. Taką interpretację tego przepisu potwierdza także orzecznictwo Izby, w tym wskazany już wcześniej wyrok KIO 539/23 z dnia 14.03.2023 r., w którym stwierdzono: „(...) literalna wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 11/21 (...)”

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Przystępujący wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcy roboty budowlane, roboty instalacyjne i roboty ziemne, a podwykonawca ten w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów również wpisał, że: „Zakład Usługowo-Budowlany Alina Malik jako podwykonawca Malik Development Sp. z o.o. wykona roboty budowlane przez cały okres realizacji zamówienia”. Z powyższego wynika zatem, że podwykonawca ma wykonywać tylko roboty budowlane.

Natomiast w opisie przedmiotu zamówienia znajdującym się w pkt 5 – 10 rozdziału III SWZ i dotyczącym m.in.

części nr 4 zamówienia Zamawiający:

- 1)w pkt 5.2. wymienił w podpunktach roboty wchodzące w zakres robót budowlanych (przy czym na marginesie należy zauważyć, że w wykazie tym znajdują się także prace, które w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał za zakres „poza robotami budowlanymi”, ale Izba uznaje za wiążącą treść SWZ, a nie sprzeczną z nią treść odpowiedzi na odwołanie),
- 2)w pkt 5.3. wskazał, że wykonawca po zakończeniu realizacji robót budowlanych musi sporządzić dokumentację powykonawczą i uzyskać dokumenty zezwalające na użytkowanie przedsięwzięcia,
- 3)w pkt 6 wskazał, że: *„W ramach zamówienia należy wykonać: roboty budowlane i czynności określone w dokumentacji projektowej, decyzjach i innych dokumentach stanowiących podstawę przedmiotu zamówienia oraz prace i czynności pomocnicze niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie wymaganych badań i sprawdzeń, wykonanie i utrzymanie zaplecza budowy, wykonanie dla potrzeb budowy podłączeń do mediów i ponoszenie kosztów ich zużycia, wykonanie dokumentacji powykonawczej, itp., a także prace porządkowe terenu w rejonie realizacji robót. Wykonawca jest obowiązany prowadzić prace zgodnie z dokumentacją projektową w tym zgodnie z wszystkimi decyzjami, postanowieniami, uzgodnieniami i warunkami. Wykonawca jest zobowiązany wystąpić do zarządcy drogi o zajęcie pasa drogowego opracować i uzgodnić projekt organizacji ruchu na czas prowadzenia robót budowlanych w pasie drogowym i uzyskać decyzję na zajęcie pasa drogowego w zakresie niezbędnym do prowadzenia robót. Po zakończonych robotach w pasie drogowym, nawierzchnie należy odtworzyć. Wykonawca jest obowiązany uzyskać dokument potwierdzający odbiór pasa drogowego przez zarządcę drogi”.*
- 4)w pkt 10.d) wskazał, że: *„Wykonawca będzie zobowiązany do bieżącej koordynacji prac z pracami związanymi z planowanymi przedsięwzięciami na obiektach, które będą realizowane równolegle do prac w ramach przedmiotu niniejszego zamówienia, tj: planowanego zamówienia obejmującego modernizację infrastruktury edukacyjnej - remont sanitariatów w obrębie budynku na ul. Rycerskiej 4 oraz modernizacją sal na potrzeby Żłobka - w przypadku części nr 4 niniejszego zamówienia”.*

Z powyższego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że poza wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego robotami budowlanymi wchodzącymi w zakres zamówienia, do zadań wykonawcy będą należały także inne czynności polegające m.in. na wykonaniu badań i sprawdzeń, dokumentacji powykonawczej, czy koordynacji robót z innymi pracami na obiekcie. Przy czym raz jeszcze należy przypomnieć, że w ofercie Przystępujący wymienił tylko roboty budowlane jako planowane do powierzenia podwykonawcy i podmiot udostępniający zasoby również zobowiązał się do wykonania tylko robót budowlanych. Ponadto w wykazie osób Przystępujący wymienił „siebie” (prezesa zarządu spółki) oraz dwóch innych kierowników robót do wykonywania odpowiednich funkcji w trakcie realizacji zamówienia.

W tym stanie rzeczy nie można uznać, że Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie całości zamówienia. Z porównania opisu przedmiotu zamówienia i oświadczeń zarówno Przystępującego, jak i podmiotu trzeciego, wynika że podwykonawca będzie wykonywał tylko roboty budowlane z pominięciem innych zadań wchodzących w zakres zamówienia. Izba podziela przy tym wątpliwości Odwołującego co do możliwości należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który nie zatrudnia żadnych pracowników i nie posiada żadnego doświadczenia przy budowie obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia, niemniej jednak w świetle ww. dokumentów, nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący zamierza zlecić podwykonawcy całość zamówienia. Dlatego też Izba oddaliła zarzut dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła zatem zarzuty nr 1 i 2 oraz oddaliła zarzut nr 3, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu, Izba dwa zarzuty uwzględniła (dotyczące ubezpieczenia) i jeden zarzut oddaliła (dotyczący podwykonawstwa). Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/3, a Odwołujący – w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 27.200 zł. Ty samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.133,33 zł (2/3 z 27.200 zł), a Odwołujący - w wysokości 9.066,67 zł (1/3 z 27.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 23.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 9.066,67 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 18.133,33 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w wysokości 14.533,33 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ($23.600 - 9.066,67 = 14.533,33$ i $14.533,33 + 3.600 = 18.133,33$). Przy czym zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia koszty rozdzielone stosunkowo zostały zaokrąglone w górę do pełnych złotych, co ostatecznie dało kwotę 14.534,00 zł.

Przewodnicząca