

Warszawa, 1 lipca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 25 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

AT4B Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący A”] – sygn. akt KIO 1947/24

B.Artem S.A z siedzibą w Bydgoszczy, BBGS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [„Odwołujący B”] – sygn. akt KIO 1957/24

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zadanie 55182 „Budowa systemu ochrony kompleksu do obowiązujących przepisów i wymagań w kompleksie K-2725 Poznań CSWLąd” (7/WZI/24/WIB)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestników:

A.Artem S.A z siedzibą w Bydgoszczy, BBGS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego dla sygn. akt KIO 1947/24

B.T4B Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – po stronie Zamawiającego dla sygn. akt KIO 1957/24

C.Invest House Plus sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Koziegłowach – po stronie Zamawiającego dla sygn. akt KIO 1947/24 i KIO 1957/24

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów z pkt 2.3.-2.6. na str. 2. (pkt V.-VIII. na str. 11.-26.) odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1957/24.**
2. **Uwzględnia odwołania w taki sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej przez Invest House Plus sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Koziegłowach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).**
3. **Oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1947/24 w zakresie zarzutów z pkt 5)-6) na str. 3 (pkt V.25.-29. na str. 16.-19.).**
4. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) **zalicza w poczet tych kosztów kwotę 40000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego A i Odwołującego B tytułem wpisów od odwołań, oraz kwotę 7200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów Odwołującego A i Odwołującego B.**
 - 2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego A kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).**
 - 3) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego B kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).**

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu {dalej: „WZI” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn.: *Zadanie 55182 „Budowa systemu ochrony kompleksu do obowiązujących przepisów i wymagań w kompleksie K-2725 Poznań CSWLąd” (7/WZI/24/WIB)*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 lutego 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S

nr 36 pod poz. 105584.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze najkorzystniejszej oferty Invest House Plus sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Koziegłowach {dalej: „Invest House Plus”, „Przystępujący” lub „IHP”}.

{KIO 1947/24}

3 czerwca 2024 r. T4B Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy wspólnie złożyli ofertę {dalej: „Konsorcjum T4B” lub „Odwołujący”} odwołali się od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. art. 118 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Invest House Plus, pomimo że jest ona niezgodna z tym drugim przepisem, gdyż IHP o ile zamierza polegać na potencjale Democo Poland sp. z o.o. {dalej również: „Democo”} w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 5) SWZ, o tyle jednocześnie nie zamierza powierzyć Democo wykonania robót w zakresie infrastruktury teletechnicznej, które są elementem tegoż warunku, co powoduje, że zakres podwykonawstwa Democo i udostępnionych przez ten podmiot zasobów jest znacznie węższy, niż zakres robót budowlanych wskazany w ramach wspomnianego warunku udziału w postępowaniu.
- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 w zw. z art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania IHP do samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w rozdz. VII ust. 1 pkt 5) SWZ, pomimo że IHP nie potwierdził spełnienia tych warunków przy pomocy Democo z powodu, który opisano w poprzednim zarzucie, zaś po upływie terminu składania ofert IHP nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby w szerszym niż dotychczas zakresie [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1.].
- 3.Art. 122 – przez zaniechanie zażądania, aby Invest House Plus w określonym terminie zastąpił Democo innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w rozdz. VII ust. 1 pkt 5) SWZ [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1. lub 2.].
- 4.Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania IHP do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, pomimo że złożony przez IHP JEDZ jest niekompletny, zawiera błędy i nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- 5.Art. 128 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania IHP do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń.
- 6.Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty i innych dokumentów i oświadczeń.
- 7.Art. 239 ust. 1 – przez wybór oferty IHP, pomimo że nie jest najkorzystniejsza.
- 8.Art. 16 pkt 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert
- 3.Odrzucenia oferty IHP.

{KIO 1957/24}

3 czerwca 2024 r. Artem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, BBGS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którzy wspólnie złożyli ofertę {dalej: „Konsorcjum Artem” lub „Odwołujący”} odwołali się od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Invest House Plus jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdz. VII ust. 1 pkt 5) tiret pierwsze SWZ.
- 2.Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania IHP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VII ust. 1 pkt 5) tiret pierwsze SWZ [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1.].
- 3.Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”} oraz w zw. z art. 74 ust. 2 – przez zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień ceny oferty z 26 kwietnia 2024 r., które IHP zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
- 4.Art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia złożonej przez IHP oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub

koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3.].

5.Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk oraz w zw. z art. 74 ust. 2 – przez zaniechanie udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum T4B.

6.Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk oraz w zw. z art. 74 ust. 2 – przez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum T4B [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 5.].

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia badania i oceny ofert.

2.Odrzucenia oferty IHP na podstawie przepisów wskazanych w ramach zarzutu z pkt 1.

3.Wezwania IHP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych [żądanie alternatywne w stosunku do pkt 1.]

4.Odtajnienia załączników do wyjaśnień ceny oferty IHP z 26 kwietnia 2024 r.

5.Odrzucenia oferty IHP na podstawie przepisów wskazanych w ramach zarzutu z pkt 4. [żądanie alternatywne w stosunku do pkt 4.].

6.Udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum T4B.

7.Udostępnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum T4B [żądanie alternatywne w stosunku do pkt 6.].

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

Z uzasadnienia odwołań wynika następujące sprecyzowanie zarzutów z pkt 1. *petitum* co do okoliczności faktycznych i prawnych.

{okoliczności faktyczne}

Według rozdziału VII ust. 1 pkt 5) tiret pierwsze SWZ wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykaże, że w *okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował minimum 2 (dwie) roboty budowlane o wartości minimum 20 mln zł brutto każda, w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.*

{KIO 1947/24}

Zamawiający w rozdziale IX pkt 3) SWZ zażądał złożenia wraz z ofertą wypełnionej i podpisanej tabeli elementów ryczałtowych, sporządzonej z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1.1 do SWZ, w którym wyodrębniono 4 podstawowe zakresy robót, tj. kolejno: roboty budowlane, roboty sanitarne, roboty elektryczne i roboty teletechniczne.

{KIO 1957/24}

W kosztorysie ofertowym Invest House Plus wycenił w kwotach netto: samo ogrodzenie z bramami – na blisko 7,7 mln zł, prace przygotowawcze do budowy ogrodzenia – na ok 4,5 mln zł, teletechnikę – na 9,6 mln zł, roboty elektryczne służące zapewnieniu prądu dla teletechniki – ok. 3 mln zł, a łącznie wycena tych prac stanowi ok. 90% ceny oferty.

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

Zamawiający określił zatem zakres rzeczowy (branżowy) robót budowlanych, w których wykonywaniu wymaga od wykonawców doświadczenia, jako dotyczących wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną, których wartość wynosiła co najmniej 20 mln zł. Takie doprecyzowanie warunku ma fundamentalne znaczenie, gdyż z jednej strony wskazuje na przedmiot referencyjnych robót budowlanych, a z drugiej strony ich wymaganą wartość.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku Invest House Plus powołał się w całości na zasoby Democo, przedstawiając zobowiązanie i inne dokumenty tego podmiotu trzeciego.

{KIO 1947/24}

Invest House Plus w pkt 7 formularza ofertowego wskazał, że podwykonawcom zamierza powierzyć następujące części zamówienia: 1) *roboty budowlane* – Democo, 2) *roboty sanitarne i elektryczne* – nieznanemu na etapie sporządzania oferty podwykonawcy. Wynika z tego, że Democo nie będzie wykonywać prac w zakresie infrastruktury teletechnicznej objętych warunkiem udziału z rozdziału VII ust. 1 pkt 5) tiret pierwsze SWZ.

Powyższe oświadczenie IHP jest spójne z oświadczeniem Democo, które w następujący sposób wypełniło wzór zobowiązania do udostępnienia zasobów z załącznika nr 6 do SWZ co do:

- rodzaju udostępnionych zasobów – *doświadczenie w zakresie realizacji 2 (dwóch) robót budowlanych o wartości minimum 20 mln zł brutto każda;*
- rodzaju i zakresu powierzonych do wykonania robót budowlanych lub czynności oraz charakteru, w jakim podmiot będzie brał udział w postępowaniu (np. podwykonawca) – *wykonanie robót budowlanych w charakterze podwykonawcy.*

Zatem doświadczenie, jakie zostało udostępnione, dotyczy jedynie części warunku, co prawda robót budowlanych, ale nie takich, jakie są wymagane, skoro Democo pominęło kluczową w treści warunku frazę *w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.*

{KIO 1957/24}

Invest House złożył wykaz robót, w którym wskazał dwie pozycje, następująco wypełniając rubryki, w których należało

według wzoru kolejno podać: (1) nazwę zamówienia, nazwę i adres zamawiającego, (2) termin realizacji (rozpoczęcie i zakończenie), (3) przedmiot zamówienia – opis zamówienia z podaniem informacji o zakresie wykonywanych prac, (4) wartość zrealizowanej inwestycji:

- 1.(1) *ISABELLA PL Sp. z o.o. ul. Unii Europejskiej 8 14-260 Lubawa* (2) *Od 03/2020 do 04.2021* (3) *Budowa zakładu produkcyjnego Isabella PL przy ul. Unii Europejskiej 8 w Lubawie przez generalnego wykonawcę DEMOCO Polana Sp. z o.o. wraz z ogrodzeniem, infrastrukturą teletechniczną, niezbędną infrastrukturą techniczną i komunikacją w tym infrastrukturą towarzyszącą, (wodno-kanalizacyjną, sanitarną) wraz z bramami i placami manewrowo-odstawkowymi. Wykonawca oświadcza, że wykazywana robota budowlana w zakresie prac obejmowała wykonanie ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną* (4) *22.502.731,00 zł brutto.*
- 2.(1) *Gmina Tarnowo Podgórne* (2) *Od 10/2018 do 06/2020* (3) *Budowa Zespołu Szkół Technicznych w Tarnowie Podgórnym, ul. Nowa/Solidarności dz. 76/11. W skład zadania inwestycyjnego wchodziło: wykonanie ogrodzenia, wykonanie infrastruktury teletechnicznej, budowa trzykondygnacyjnego budynku dydaktycznego (z wewnętrzną instalacją gazową), budowa pełnowymiarowej hali sportowej z widownią, budowa boiska wielofunkcyjnego, zagospodarowanie terenu (w tym budowa ciągów pieszo - jezdnych, miejsc postojowych na ok. 100 miejsc, placów, chodników, murów oporowych, boisk wielofunkcyjnych, bieżni, zbiornika retencyjnego o poj. $V=100m^3$) oraz infrastruktura sanitarna i elektryczna. Wykonawca oświadcza, że wykazywana robota budowlana w zakresie prac obejmowała wykonanie ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.* (4) *44.671.988,00 zł brutto.*

Skoro wpisanie powyższych wartości miało na celu wykazanie spełniania warunku, musiało dotyczyć prac w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.

Tymczasem prawdziwe wartości robót referencyjnych w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną są wielokrotnie mniejsze, gdyż każde z przedsięwzięć dotyczyło przede wszystkim budowy dużych rozmiarów obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Z załączonych do powyższego wykazu robót referencji wynika bowiem odpowiednio:

- 1.Budowa w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu produkcyjnego namiotów oraz akcesoriów kempingowych (o powierzchni użytkowej wynoszącej $7.619,45 m^2$) wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i komunikacyjną, w tym z miejscami postojowymi (łącznie powierzchnia dróg, placów i parkingów o nawierzchni z kostki brukowej wynosząca $5.956,24 m^2$) – o łącznej wartości netto 18.294.903,64 zł.
- 2.Budowa zespołu szkół technicznych (o powierzchni użytkowej budynku dydaktycznego wraz z salą sportową wynoszącej $5.578,65 m^2$) wraz z budową ciągów pieszo-jezdnych, miejsc postojowych, placów, chodników, murów oporowych, boisk wielofunkcyjnych, bieżni, zbiornika retencyjnego oraz wewnętrznej instalacji gazowej – o łącznej wartości brutto 44.671.988,79 zł.

Dodatkowo w odniesieniu do tych przedsięwzięć podniesiono odpowiednio:

- 1.W kosztorysie ofertowym Democo wyceniło prace związane z wykonaniem ogrodzenia na 131.763,93 zł, a roboty teletechniczne również na poziomie odbiegającym od wymaganej wartości min. 20 mln zł brutto.
Gmina Tarnowo Podgórne potwierdziła, że wykonane przez Democo roboty w zakresie ogrodzenia i infrastruktury teletechnicznej przedstawiały wartość mniejszą niż 20 mln zł brutto [jako dowód załączono pismo 26 kwietnia 2024 r.].
- 2.W przypadku budowy zakładu produkcyjnego, biorąc pod uwagę całość zrealizowanych prac projektowych i wykonawczych, niemożliwe jest, aby wartość prac związanych z wykonaniem ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną wyniosła ok. 90% wartości całości.

{okoliczności prawne}

{KIO 1947/24}

Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy pzp zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Z kolei zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zatem w przypadku gdy wykonawca polega na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia, podmiot ten zobligowany jest do wykonania robót lub usług do realizacji których zdolności te są wymagane, a nazwę takiego podmiotu trzeciego i zakres zamówienia który będzie przez niego realizowany, wykonawca zobowiązany jest wskazać w ofercie. Oświadczenie wykonawcy w ww. zakresie stanowi merytoryczną treść oferty i nie może być przez wykonawcę zmienione po upływie terminu składania ofert.

Jak to wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3337/23 (który zdaniem Odwoływającego A zapadł w analogicznym do niniejszej sprawy stanie faktycznym): *Odwołujący słusznie dostrzegł, że przystępujący*

usiłując wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą zdolności podmiotu trzeciego ZUE S.A., nie zapewnił jednak, że ZUE S.A. wykona usługi, dla których te zdolności były wymagane. Przystępujący w pkt 11 formularza oferty oświadczył wprawdzie, że wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu będzie polegać na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na zdolności technicznej i zawodowej ww. podmiotu ZUE S.A. jako podmiotowi na zasobach którego polega, jedynie „wykonanie robót budowlanych”. Z powyższym korespondowała treść zobowiązania ZUE S.A. załączona do oferty przystępującego. Podmiot ten zobowiązał się tam do udostępnienia przystępującemu swych zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W zobowiązaniu tym ZUE wskazało jednak jako sposób udostępnienia zasobów oraz jako zakres udziału w wykonywaniu zamówienia jedynie „wykonanie robót budowlanych” (...) W konsekwencji zatem ZUE, zgodnie treścią tych oświadczeń, nie wykona usług, o którym mowa w warunkach udziału w postępowaniu. Taki sposób wykazania warunku za pomocą zdolności podmiotu trzeciego, jako niezgodny z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp i postanowieniem pkt 8.3.5 IDW, należało uznać nieskuteczny. (...) W konsekwencji Izba uznała, że przystępujący, który wykazując warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt 8.6.1 lit. a-d IDW nieskutecznie powołał się na zasób doświadczenia ZUE S.A. w zakresie projektowania, instalacji i uruchomienia, nie wykazał spełnienia ww. warunków.

Z kolei jak wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 13 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1174/20: Zakres wskazany do realizacji przez podwykonawcę jest elementem oferty, stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia tj. sposobie spełnienia świadczenia i jako element oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert, tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a zatem jest decydującym co do możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zaoferowany przez Odwołującego w ofercie sposób realizacji zamówienia, stanowi naruszenie przepisu art. 22a ust. 4 Pzp, bowiem Odwołujący, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w pkt 5.1.1.2. SIWZ, a który na potwierdzenie spełnienia ww. warunku polega na zasobach innego podmiotu, oferuje realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach mniejszych, niż zdolności (tu doświadczenie) wymagane do realizacji tego zamówienia. Prowadzi to do wniosku, iż podmiot trzeci, który posiada zdolności (doświadczenie) do realizacji usługi, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował tej usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu (...) Treść oferty to formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym.

Powyższe stanowisko zostało podzielone m.in. w uzasadnieniach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z:

1.30 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1707/23: Dla oceny skuteczności i poprawności złożenia oferty w postępowaniu, w tym składanych oświadczeń woli przez podmiot składający ofertę, kluczowe znaczenie ma zakres oświadczeń jakie składane są w ofercie przez podmiot składający tą ofertę, czyli w tym wypadku przez spółkę. (...) Izba podkreśla również, że bez znaczenia dla oceny złożonego w Formularzu oferty – jednoznacznego i precyzyjnego – oświadczenia wykonawcy R(1)... spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. o realizacji zamówienia samodzielnie pozostaje podnoszona przez uczestnika postępowania odwoławczego, że z całej treści oświadczeń złożonych wraz z ofertą wynika, że potencjał wykazany przez podmiot trzeci będzie mógł być realnie wykorzystany. Uczestnik postępowania odwoławczego pominął jedną istotną okoliczność przedstawiając powyższą argumentację, a mianowicie, że oświadczenie o samodzielnej realizacji zamówienia złożone w punkcie 11 Formularza ofertowego stanowi oświadczenie wykonawcy. Jako oświadczenie jednoznaczne nie podlega ono żadnej wykładni, tym bardziej, że brak znajomości przepisów nie uzasadnia sposobu wykładni składanych oświadczeń. (...) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i sposób składania w dokumentów w postępowaniu stanowi sformalizowane działania, które muszą być oceniane według również sformalizowanych ustawą wymagań, w zamian dając wykonawcom składającym oferty gwarancję działania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych. Formalizm działań, a w zasadzie prawidłowość postępowania zgodnie z wytycznymi ustawowymi, nie może być postrzegana jako działania nadmiarowe, a sam formalizm jako nadmiarowość postępowania. Odstąpienie od zasad, regulacji i wytycznych w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego prowadziłoby do w zasadzie do braku tych zasad w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego, ale również wykonawcy jest znajomość obowiązujących przepisów prawa, które to stanowią gwarancję realizacji procedury zamówienia publicznego przejrzystej, z poszanowaniem konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli dany wykonawca nie postępuje zgodnie z przepisami ustawy, to nie może on liczyć na ochronę jaką ta ustawa mu gwarantuje, gdy jego działania są z nią zgodne.

2.15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 284/23: ...wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. Informacja ta bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy, zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 pzp podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby winien wykonać te roboty budowlane, co do których udostępniane zdolności są wymagane... Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do

istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 pzp. Oznacza to, że w takiej sytuacji – w przeciwieństwie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 pzp, mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert. Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zlecanych podwykonawcy PUZ, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy A&K, o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 pzp. W konsekwencji zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy A&K, jako ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 pzp).

- 3.15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/2023: Z kolei, co wynika z treści cytowanego powyżej art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku, co trafnie wywnioskował zamawiający z treści Formularza ofertowego, jak też złożonego oświadczenia Symetrium, udział wskazanego przez odwołującego podwykonawcy będzie ograniczony do tych części zadania, które wskazał on wprost w treści zobowiązania. Innymi słowy, nie deklaruje on swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki wynika z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który zdaje się bagatelizować treść Formularza oferty, w tym złożone w nim jednoznaczne w swej treści oświadczenia co do zakresu, w jakim zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego, i spójny z tym oświadczeniem w swojej treści, złożony wraz z ofertą, dokument w postaci zobowiązania Symetrium, określającego w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować prace objęte przedmiotem zamówienia. Trafne są z kolei spostrzeżenia i wywód zamawiającego zawarty w piśmie informującym Konsorcjum Elektroinstal o odrzuceniu jego oferty, który wskazuje, że skoro odwołujący deklaruje, że wykona swoje zamówienie z udziałem podwykonawcy, który będzie udostępniał mu swoje zasoby w takim zakresie, w jakim zostało to wskazane w treści Formularza oferty, a zakres ten ogranicza się wyłącznie do uruchomienia, to nie jest możliwe późniejsze rozszerzenie zakresu tego podwykonawstwa a w konsekwencji zadeklarowanie, że inny podmiot, którym ma zamiar zastąpić ten wskazany przez niego w ofercie – zrealizuje większą, niż pierwotnie deklarowana część zamówienia. W świetle bowiem art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów (stanowisko takie jest zbieżne z tym, co Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w uchwale z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KD 11/20). Nie sposób zgodzić się zatem z odwołującym, który domaga się, aby zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego to musiałoby wynikać, że zakres powierzony temu podmiotowi będzie szerszy, niż ten wskazany pierwotnie w treści Formularza ofertowego i zadeklarowany w treści zobowiązania Symetrium. W istocie czynność ta prowadziłaby, jak to również dostrzegł zamawiający, do zmiany treści Formularza ofertowego w zakresie, w jakim zadeklarowane zostało w jaki sposób Konsorcjum Elektroinstal zrealizuje zamówienie. Izba nie podziela w tym zakresie oceny odwołującego, który uznaje dokonanie takiej zmiany za dopuszczalną i opartą na treści wskazywanych przez niego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby w tym przypadku dokonanej w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną, gdyż prowadzącą do zmiany treści oferty w zakresie, w jakim treść tej oferty stanowi o sposobie realizacji zamówienia i referuje do obszaru, decydującego o sposobie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji nie sposób jest także podzielić tezy odwołującego, że dopuszczalna jest w tym przypadku zmiana podmiotu udostępniającego Konsorcjum Elektroinstal swoje zasoby, a zamawiający winien skierować do niego wezwanie w trybie art. 122 ustawy Pzp. Odwołujący pomija bowiem całkowicie, że przepis ten ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy konieczne staje się zastąpienie podmiotu trzeciego na inny z tej przyczyny, że ten udostępniający swoje zasoby nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.
- 4.13 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1174/20: Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego

mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego.

5.16 września 2016 r. sygn. akt KIO 1708/16: *...treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji.*

6.9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2245/17: *...zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty.*

7.14 września 2017 r. sygn. akt KIO 1751/17: *...wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie (w tym wypadku w zakresie prac konserwatorskich), nie może później podnosić, że podwykonawcom zostanie powierzona jednak większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie nie jest uprawniony sam Zamawiający, na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.*

8.30 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1707/23 oraz 16 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 293/23.

{subsumpcja}

{KIO 1947/24}

W powyższych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. *petitum* pierwszego odwołania.

{KIO 1957/24}

W powyższych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. *petitum* drugiego odwołania, wywodząc dodatkowo, że biorąc pod uwagę profesjonalny charakter prowadzonej działalności gospodarczej, jak i zasadę proporcjonalności warunków udziału do przedmiotu zamówienia, Invest House Plus nie mógł mieć problemu z prawidłową wykładnią obowiązującego w postępowaniu warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Stąd należy przyjąć, że działanie IHP, który w powyżej opisany sposób przedstawiło informacje na potwierdzenie spełniania tego warunku, było zamierzone i zmierzające do wytworzenia u Zamawiającego mylnego i niezgodnego z rzeczywistością przeświadczenia, że zrealizowane przez podmiot trzeci roboty budowlane spełniają warunek udziału. Co więcej, Zamawiający skutecznie został wprowadzony w błąd, gdyż pozytywnie zweryfikował spełnienie przez IHP tego warunku.

{KIO 1947/24}

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający określił w SWZ, że:

- 1) o udzielenie tego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 1, 3, 4, 5, 7 i 8 ustawy pzp oraz 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 (patrz rozdział VII);
- 2) żąda na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia złożenia wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), tj. aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia w formie jednolitego dokumentu, sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE;
- 3) informacje zawarte w powyższym oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania (patrz rozdział IX pkt 1).

Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej stosowny formularz JEDZ.

Złożony wraz z ofertą przez Invest House Plus JEDZ nie zawiera w części III lit. C dotyczącej podstaw wykluczenia związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 7 i 8 ustawy pzp.

Jednocześnie brak wystąpienia tych podstaw wykluczenia w odniesieniu do IHP nie wynika z żadnego innego dokumentu, nie licząc informacji z KRS w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 4. *petitum* pierwszego odwołania.

Wyraził przy tym przekonanie, że IHP celowo usunął przy wypełnianiu wzoru JEDZ powyżej wskazany zakres wymaganych od niego oświadczeń.

{ad pkt 5. i 6. listy zarzutów}

Realizacja tego zamówienia w szerokim zakresie wymaga dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” (m.in. dokumentacja projektowa).

Invest House Plus wskazał w wykazie osób, że kluczowe funkcje w realizacji zamówienia mają pełnić osoby będące w jego bezpośredniej dyspozycji (kierownik budowy, kierownik robót elektrycznych, kierownik robót sanitarnych, kierownik robót telekomunikacyjnych, geodeta, osoba do montażu systemów alarmowych), czyli nie są to osoby z ramienia Democo, który użycza swój potencjał w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie brzmieniem postanowienia zawartego w SWZ (na str. 9): *Pracownicy skierowani przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą tajności „ZASTRZEŻONE” lub pisemne upoważnienie Kierownika Jednostki Organizacyjnej oraz zaświadczenie stwierdzające odbycie przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.*

Powyższe istotnie ogranicza możliwość zaangażowania do realizacji zamówienia podwykonawcy, gdyż musi on posługiwać się osobami spełniającymi te wymagania.

Według SWZ zakresie teletechniki wymagane jest dysponowanie: osobą do montażu systemów alarmowych z zaświadczeniem Komendanta Wojewódzkiego Policji o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego oraz ukończonym kursem montażu tych systemów dla klasy SA4.

Zamawiający określił w rozdziale VII ust. 1 pkt 5) SWZ, że *Wykonawca spełni warunek, jeżeli spełni wymogi Ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. 2023.756 t.j.) w zakresie ochrony informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, w tym: zatrudnia pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych, zatrudnia przeszkolonego przez ABW lub SKW administratora niejawnego systemu teleinformatycznego, zatrudnia przeszkolonego przez ABW lub SKW inspektora bezpieczeństwa teleinformatycznego, posiada akredytowany system teleinformatyczny do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, posiada obsługę kancelaryjną dokumentów niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone”.*

Według wiedzy Odwołującego Democo tych wymagań nie spełnia.

Załączona do projektu umowy „Instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego” {dalej również: „Instrukcja”} określa szczegółowe wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” przez wykonawcę w trakcie realizacji umowy w sprawie tego zamówienia, w tym zawiera postanowienia w następującym brzmieniu:

W związku z realizacją zadania Wykonawca:

a) będzie miał dostęp do informacji niejawnych oznaczonych najwyższą klauzulą tajności „ZASTRZEŻONE”, wynikających z otrzymanej od Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz geodezyjno-kartograficznej, a także uzyskanych na terenie 14 WOG

b) może wytwarzać (przetwarzać) dokumenty niejawne maksymalnie do klauzuli „ZASTRZEŻONE”, w tym również z wykorzystaniem urządzeń lub sprzętu elektronicznego przetwarzania;

c) otrzyma od Zamawiającego dokumenty i materiały niejawne w formie papierowej i elektronicznej, niezbędne do realizacji przedmiotowego zadania, oznaczone najwyższą klauzulą tajności „ZASTRZEŻONE”.

Dokumentami podlegającymi ochronie przez Wykonawcę jest dokumentacja projektowa oraz geodezyjno-kartograficzna oznaczona klauzulą tajności „ZASTRZEŻONE”, otrzymana przez Wykonawcę od Zamawiającego w związku realizacją umowy oraz wszelkie dokumenty otrzymane od Zamawiającego, a także wytworzona przez Wykonawcę dokumentacja powykonawcza w związku z wykonaniem robót budowlanych [pkt 9 i 10].

Dostęp do materiałów i informacji niejawnych podlegających ochronie, oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE” w zakresie do realizacji umowy mogą mieć wyłącznie osoby wyznaczone przez Wykonawcę umowy i określone w „Wykazie pracowników realizujących przedmiot umowy” (załączniku nr 1 do niniejszej instrukcji), posiadające ważne przez cały okres trwania umowy poświadczenie bezpieczeństwa lub pisemne upoważnienie Kierownika Przedsiębiorcy zatrudniającego pracownika do klauzuli „ZASTRZEŻONE” oraz zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych wymagane przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2023.756). W przypadku uzupełnienia „Wyzkazu...” o kolejną osobę Wykonawca musi uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego, a uzupełnienia wprowadzane będą każdorazowo aneksem do umowy, przy czym nie stanowi to zmiany jej warunków [pkt 16].

Udostępnianie informacji niejawnych zatrudnionym przez Wykonawcę Podwykonawcom może odbywać się jedynie za pisemną zgodą Zamawiającego. Podwykonawca musi spełniać wszystkie wymagania określone w niniejszej „Instrukcji” stosownie do klauzuli udostępnianych informacji niejawnych.

Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania procedur i przepisów dotyczących ochrony materiałów zawierających informacje niejawne w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2023.756) pod rygorem zerwania umowy z winy Wykonawcy i odpowiedzialności finansowej oraz karnej za ujawnienie informacji niejawnych podlegających ochronie, wynikające z ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks Karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) [pkt 18].

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił naruszenia przepisów, jak w pkt 5. i 6. *petitum* pierwszego odwołania, wywodząc, że Zamawiający zaniechał wezwania Invest House Plus na podstawie art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia, w jaki sposób przy planowanym podziale zadań oraz przy braku spełniania przez Demeco wymagań Instrukcji zostanie zapewnione realne wykorzystanie deklarowanych zasobów, zarówno własnych IHP (kluczowy personel), jak i udostępnianych przez Demeco (wiedza i doświadczenie), które wzajemnie się przenikają. W szczególności kluczowy personel z ramienia IHP powinien być zaangażowany we wszystkie prace, również te wykonywane przez Demeco i pozostałych podwykonawców. Ponadto nie jest możliwe realne zaangażowanie jako podwykonawcy Demeco, gdyż nie spełnia ono wymagań Instrukcji i nie będzie miało dostępu do informacji koniecznych dla realizacji powierzanej mu części zamówienia.

Ponieważ według wiedzy Odwołującego w tego typu sytuacjach w innych postępowaniach Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 i 223 ust. 1 ustawy pzp, zaniechanie tego w tym postępowaniu stanowi według Odwołującego również naruszenie art. 16 ustawy pzp

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

Zamawiający w złożonych na posiedzeniu odpowiedziach na odwołania z 24 czerwca 2024 r. wniósł o ich oddalenie (nie licząc zarzutów, które uprzednio uwzględnił w również datowanej na 24 czerwca 2024 r., ale rzeczywiście przesłanej do Izby w tym dniu, pierwszej odpowiedzi na drugie odwołanie), podnosząc w szczególności następujące okoliczności i argumentację.

{KIO 1947/24}

Zamawiający oświadczył, że dokonał wykładni oświadczenia woli Democo przy uwzględnieniu reguł interpretacyjnych wynikających z art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, tj. uwzględniając, że zgodnie z art. 7 pkt 21 ustawy pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.), zwanego dalej "Wspólnym Słownikiem Zamówień", lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający założył przy tym, że bezsporne są w sprawie następujące okoliczności: po pierwsze – przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, po drugie – prace polegające na wykonaniu ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną mieszczą się w szerszym pojęciu robót budowlanych, po trzecie – Democo oświadczyło, że wykona roboty budowlane, co następnie Invest House Plus ujawnił w treści formularza ofertowego.

W ocenie Zamawiającego z uwagi na powyższe okoliczności, w których zostało złożone przez IHP oświadczenie dotyczące wykonywania przez Democo robót budowlanych objętych tym zamówieniem należy odczytywać w ten sposób, że Democo nie wykona wszystkich robót budowlanych, a jedynie te objęte zakresem jego doświadczenia, na które powołał się Invest House, tj. polegające na wykonaniu ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.

Jednocześnie według Zamawiającego Democo, oświadczając, że wykona roboty budowlane, zapewniło IHP rzeczywiste dysponowanie udostępnianymi zasobami.

Zdaniem Zamawiającego uczynienie zadość żądaniu odwołania prowadziłoby wprost do naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy pzp, nakazującemu zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny, która to zasada jest nadrzędna w stosunku do szczegółowych uregulowań, w tym art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy pzp) i chroni wykonawców przed nadmiernym formalizmem ze strony zamawiającego.

{KIO 1957/24}

Zdaniem Zamawiającego z treści postanowienia zawartego w rozdziale VII ust. 1 pkt 5 tiret pierwsze SWZ wynika, że wartość minimum 20 mln zł brutto dotyczy każdych robót budowlanych w rozumieniu definicji z art. 7 pkt 21 ustawy pzp obejmujących swoim zakresem wykonanie ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną. Użycie sformułowania „w zakresie” wskazuje bowiem na to, że chodzi o prace dotyczące „wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną” jako mieszczące się w szerszym pojęciu robót budowlanych, których wartość miała być nie niższa niż 20 mln zł brutto.

Ponadto na takie rozumienie wskazuje użycie przecinka pomiędzy wskazaniem takiej wartości robót budowlanych a frazą „w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą techniczną”. Zgodnie z zasadami języka polskiego przecinek jest bowiem znakiem interpunkcyjnym, który pozwala odpowiednio zaakcentować intencje piszącego, a wadliwe jego odczytanie powoduje nieporozumienia.

W przekonaniu Zamawiającego interpretacja prezentowana w odwołaniu, według której podany próg wartości dotyczy prac w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną, mogłaby być uprawniona przy odmiennym sformułowaniu warunku:

- 1)ograniczającym się do wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną: *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że (...) zrealizował minimum 2 (dwie) roboty w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną o wartości minimum 20 min złotych brutto każda,*
- 2)alternatywnie: *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że (...) zrealizował minimum 2 (dwie) roboty polegające na wykonaniu ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną o wartości minimum 20 min złotych brutto każda.*

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że zakres przedmiotu tego zamówienia, z którym skorelował określenie powyższego warunku udziału co do wartości 20 mln zł, jest istotnie szerszy niż wskazano to w odwołaniu, gdyż poza budową ogrodzenia wraz z instalacją teletechniczną obejmuje także: przebudowę dwóch budynków, rozbiórkę ogrodzenia, rozbiórkę nawierzchni, wycinkę drzew, nasadzenia kompensacyjne, niwelację gruntu, wykonanie ogrodzenia, zabezpieczenie obiektu na czas budowy, wykonanie wszystkich instalacji w dwóch budynkach, podłączenie do najbliższych studzienek, wykonanie instalacji elektrycznej dla terenu zewnętrznego, budowę linii kablowych, zasilanie urządzeń systemów alarmowych, instalację aparatów elektronicznych i okablowania. Wobec tego bezzasadne jest przyjmowanie, że warunek doświadczenia powiązany jedynie z budową ogrodzenia i montażem teletechniki byłby adekwatny i proporcjonalny, gdyż wręcz przeciwnie byłby nadmierny. Warunek nie powinien być bowiem odczytywany w sposób, który mógłby ograniczać dostęp do zamówienia wykonawcy dającemu rękojmię należytego jego wykonania.

Zamawiający skonstatował, że poszanowanie zasad udzielania zamówień publicznych ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia racjonalnego i legalnego wydatkowania środków publicznych i znane mu są zarówno zasady wyrażone w Traktacie o funkcjonowaniu UE, jak i dyrektywach 2014/25/UE, 2014/24/UE i 2009/81/WE.

Orzecznictwo TSUE podkreśla rangę zasady proporcjonalności i potrzebę jej rozumienia z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy:

- 1.Zgodnie z zasadą proporcjonalności przyjęte środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu [wyrok z 28 lutego 2018 r. w połączonych sprawach C-523/16, C-536/16 [MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (EU:C:2018:122)].
- 2.Każdy zamawiający w celu oceny, czy określone przez niego warunki udziału w postępowaniu zgodne są z prawem Unii Europejskiej, powinien przeprowadzić tzw. test proporcjonalności, który pozwala na weryfikację, czy działania zamawiającego są po pierwsze adekwatne, a po drugie konieczne do osiągnięcia wybranego przez niego celu. [wyrok z 16 września 1999 r. C-414/97 (Komisja Wspólnot Europejskich p. Królestwu Hiszpanii)].
- 3.Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na pytania: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji? Czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym, czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu? Pozytywna odpowiedź na powyższe pytania oznacza, że warunek proporcjonalności został zachowany [wyrok z 10 grudnia 2002 r. C-491/01 (The Queen p. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco)].
- 4.W świetle orzecznictwa zwrot „proporcjonalny” należy rozumieć jako „zachowujący właściwą proporcję” oraz „nienadmierny”. Dlatego też nieuzasadnione będzie żądanie przez zamawiającego wykazania przez wykonawców określonego doświadczenia, jeśli nie jest ono niezbędne dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia [wyrok z 27 października 2005 r. C-234/03 (Contse SA p. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria)].
- 5.Ograniczenie konkurencyjności może nastąpić tylko w stopniu jak najmniejszym jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów zamawiającego [wyrok z 23 grudnia 2009 r. C-376/08 (Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl p. Comune di Milano)].
- 6.Postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Jest to o tyle istotne, że wygórowane warunki udziału w postępowaniu, np. posiadanie ubezpieczenia OC na nadmiernie wysoką sumę, mogą skutkować potencjalnym wyeliminowaniem małych podmiotów [orzeczenie z 4 grudnia 2003 r. C-448/01 (EVN AG and Wienstrom GmbH p. Republik Österreich)].

Również Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie stoi na stanowisku, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia:

- 1.Przepisy ustawy nie wymagają, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega (wyrok z 24 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 82/2018).
- 2.W odniesieniu do wymaganej wartości wykonanej usługi w ramach warunku posiadania doświadczenia racjonalną kwotą byłoby wskazanie około 20 proc. wartości zamówienia (wyrok z 3 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 486/17, KIO 492/17).
- 3.Adekwatność, konieczność i wystarczalność, zachowanie właściwej proporcji i brak nadmierności to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu

(uchwała z 24 kwietnia 2018 r. sygn.. akt KIO/KU 15/18, wyrok z 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 697/17, KIO wyrok z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 843/17, wyrok z 12 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2737/17).

4. Warunki udziału w postępowaniu powinny być oceniane pod kątem ich adekwatności do przedmiotu zamówienia i pozostawać w ścisłym związku ze sposobem jego realizacji. Nawet jeżeli postawione warunki udziału wydają się być uzasadnione znaczną wartością i złożonością zamówienia, po skonfrontowaniu ze sposobem realizacji zamówienia mogą być uznane za zbyt wygórowane, nieproporcjonalne, ograniczające krąg wykonawców mogących złożyć ofertę. Stanowisko takie Izba zajęła w sporze dotyczącym ustalenia zbyt rygorystycznych warunków w postępowaniu na usługi druku i dystrybucji materiałów egzaminacyjnych. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż warunek uprzedniej realizacji dwóch umów o wartości nie mniejszej niż 6 mln zł, przy nakładzie druku nie mniejszym niż 2 mln egz. w każdej z nich, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba przyznała rację odwołującemu, wskazując, że skoro z punktu widzenia technicznego zamówienie nie jest zbyt skomplikowane, polega na wykonywaniu w sposób zautomatyzowany czynności stale powtarzających się, to postawiony przez zamawiającego warunek jest zbyt rygorystyczny. Zdaniem Izby określenie warunku na poziomie realizacji jednej umowy o wartości 6 mln zł przy nakładzie co najmniej 1,5 mln jest wystarczające i stanowi uzasadniony kompromis pomiędzy potrzebą Zamawiającego a oczekiwaniami rynku wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok z 17 maja 2018 r. sygn. akt KIO 829/18).

Z kolei jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 8 maja 2014 r. sygn. akt XII Ga 211/14, nie jest dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek, który odbiega od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza dostęp do zamówienia, gdyż nie jest on obiektywnie uzasadniony. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji.

W ocenie Zamawiającego skutkiem uznania podniesionego w odwołaniu zarzutu za zasadny byłoby odrzucenie oferty Invest House Plus za niespełnianie warunku postawionego z naruszeniem prawa, a nikt nie powinien czerpać korzyści z naruszenia prawa.

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

Przystępujący w pismach procesowych z 24 czerwca 2024 r., wniósł o oddalenie odwołań.

W odniesieniu do zarzutów z pkt 1. *petitum* odwołań podniósł okoliczności i argumentację w sposób zbieżny z odpowiedziami na odwołania Zamawiającego.

{KIO 1947/24}

{ad pkt 5. i 6. *petitum* i pkt V uzasadnienia pierwszego odwołania}

Przystępujący podniósł, że z przepisów Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 632) oraz „Instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego” Zamawiającego wynika, że osoba może uzyskać dostęp do przetwarzanych informacji niejawnych w jednostce organizacyjnej, jeżeli daje rękojmię zachowania tajemnicy, czyli spełnia wymogi ustawowe, tj.:

1. Posiada poświadczenie bezpieczeństwa w przypadku dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej lub posiada wydane przez kierownika jednostki organizacyjnej upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”.
2. Odyła szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych potwierdzone wydaniem stosownego zaświadczenia oraz podpisaniem oświadczenia o zapoznaniu się z: 1) przepisami dotyczącymi odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej i służbowej za ich naruszenie, w szczególności za nieuprawnione ujawnienie tych informacji; 2) zasadami ochrony informacji niejawnych w zakresie niezbędnym do wykonywania pracy lub pełnienia służby, z uwzględnieniem zasad ich przetwarzania, w tym w systemach teleinformatycznych; 3) sposobami ochrony informacji niejawnych oraz postępowania w sytuacjach zagrożenia dla takich informacji lub w przypadku ich ujawnienia.
3. Posiada dostęp do informacji niejawnych wyłącznie w ograniczonym zakresie.
4. Jest zatrudniona w jednostce organizacyjnej na podstawie umowy o pracę (Kodeks pracy) lub umowy zlecenia (Kodeks cywilny) lub pełni służbę na podstawie innego aktu prawnego (dotyczy służb mundurowych), czyli spełnia wymóg podległości służbowej względem pracodawcy lub zleceniodawcy.

Przystępujący oświadczył, że wszystkie osoby realizujące zamówienie (zarówno będące jego zasobem własnym, jak i pracownicy podwykonawcy Democo) i mające dostęp do informacji niejawnych będą objęte jedną z form wymaganego zatrudnienia, czyli w zależności od realizowanych zadań osoby te posiadają lub będą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa lub wydane przez kierownika na okres pracy w IHP upoważnienie, mają odbyte szkolenie w wymaganym zakresie i legitymują się stosownym zaświadczeniem.

Przystępujący podniósł również, że Zamawiający nie zastrzegł w SWZ żadnego zakresu prac do osobistego wykonania przez wykonawcę. Jedynie jest zapis, że *Wykonawca nie może polegać na zasobach podmiotu udostępniającego w przypadku spełnienia wymogów ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. Powyższe wymogi musi*

spełnić Wykonawca tylko osobiście. Ograniczenie dotyczy zatem kwestii spełnienia wymogów ochrony informacji niejawnych, nie zaś warunków udziału w postępowaniu. Natomiast realizacja zamówienia przy udziale podwykonawców jest dopuszczalna, przy spełnieniu ustawowych wymagań bezpieczeństwa informacji.

Abstrahując od powyższego Przystępujący ocenił zarzut jakoby Democo nie spełniało wymagań z ustawy o ochronie informacji niejawnych w zakresie dotyczącym ochrony informacji o klauzuli „zastrzeżone” jako nieuprawniony i nieoparty dowodami.

{KIO 1957/24}

{umorzenie w zakresie, który przestał być sporny}

Zamawiający w pierwszej odpowiedzi na drugie odwołanie z 24 czerwca 2024 r. uwzględnił zarzuty dotyczące: po pierwsze – zaniechania odtajnienia załączników do wyjaśnień ceny oferty z 26 kwietnia 2024 r., które IHP zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa, po drugie – zaniechania udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum T4B. Z kolei Invest House Plus i Konsorcjum T4B jako przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczyli do protokołu na posiedzeniu 25 czerwca 2024 r., że nie zgłaszają w tym zakresie sprzeciwu.

Ponieważ kolejne zarzuty w stosunku do tych uwzględnionych przez Zamawiającego zostały postanowione jako ewentualne, Izba stwierdziła, że również w ich zakresie postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Jak wynika z art. 522 ust. 4 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. Zamawiający zaś wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Stąd Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i zarejestrowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie każdy z Odwołujących może ponieść szkodę w związku z naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż objętymi zarzutami, gdyż objęte nimi czynności lub zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają im uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mogliby liczyć.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. *petitum* obu odwołań}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pierwszej kolejności wypada zaznaczyć, że rozumienie zarówno warunku udziału w postępowaniu, stanowiącego element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, jak i oświadczeń i dokumentów złożonych przez Invest House Plus (wśród których jest również jednostronne zobowiązanie będące oświadczeniem woli Democo), adresowanych do Zamawiającego, zostało poniżej ustalone z uwzględnieniem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem, który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Innymi słowy wynikające z art. 65 § 1 kc dyrektywy interpretacyjne wskazują na konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwyciono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego

doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy co do zasady uznać zarówno zamawiającego jako organizatora postępowania, jak i uczestniczącego w nim wykonawcę.

Specyfikacja warunków tego zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”} na roboty budowlane pn. *Zadanie 55182 „Budowa systemu ochrony kompleksu [w celu dostosowania?] do obowiązujących przepisów i wymagań w kompleksie K-2725 Poznań CSWLąd(7/WZI/24/WIB)* składa się z trzech części: Części I – Instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW” lub „instrukcja”} wraz z załącznikami (m.in. Załącznikiem nr 1 – Formularzem ofertowym, Załącznikiem nr 1.1 – Tabelą elementów ryczałtowych, Załącznikiem nr 2 Wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia, Załącznikiem nr 6 – Zobowiązaniem podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, Załącznikiem nr 7 – Wykazem wykonanych zamówień), Części II – Projektu umowy wraz z załącznikami (m.in. Instrukcją bezpieczeństwa przemysłowego, Części III – Opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}.

Brzmienie kluczowego dla rozpoznawanych spraw warunku udziału w postępowaniu: *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował minimum 2 (dwie) roboty budowlane o wartości minimum 20 mln zł brutto każda, w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną* [rozdział VII ust. 1 pkt 5) tiret pierwsze IDW, przy czym zamieszczona w Wykazie wykonanych zamówień z załącznika nr 7 trawestacja tego postanowienia nie zawiera ostatniego przecinka – co jednak w żaden sposób nie zmienia znaczenia].

Pomimo wydawałoby się nieskomplikowanego pod względem językowym i merytorycznym sformułowania opisu warunku dotyczącego zdolności zawodowej (według poprzednio obowiązującej terminologii: „wiedzy i doświadczenia”) wykonawcy, jego rozumienie okazało się być sporne w zakresie, w jakim mowa jest o wartościowym określeniu skali referencyjnych robót.

Wpierw wypada jednak zauważyć, że nie przypadkiem w przepisach Prawa zamówień publicznych czy Prawa budowlanego mowa jest o „robotach budowlanych” w liczbie mnogiej, gdyż rzeczownik „roboty” użyty jest tu w znaczeniu zbiorowych prac mających na celu realizowanie jakiegoś przedsięwzięcia, w tym przypadku budowlanego. Natomiast rzeczownik „robota” w liczbie pojedynczej występuje tylko języku potocznym i może oznaczać: 1) zespół czynności podejmowanych w celu wykonania czegoś, 2) rezultat czyjejś pracy, czyjegoś działania, 3) pracę jako źródło zarobku, 4) miejsce zatrudnienia [patrz Słownik języka polskiego dostępny na <https://sjp.pwn.pl>].

Otóż z powyższej przytoczonego brzmienia postanowienia IDW jednoznacznie wynika, że wymagany od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia minimalny poziom zdolności zawodowej został sprecyzowany przez wskazanie robót budowlanych polegających na wykonaniu ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną o wartości nie mniejszej niż 20 mln zł, co najmniej dwukrotnie należycie wykonanych. Innymi słowy minimalne wymagane doświadczenie ma wynikać z dwukrotnego należytego wykonania robót budowlanych dotyczących ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną, o skali tych robót wyrażającej się wartością równą lub większą niż 20 mln zł.

Natomiast forsowana przez Zamawiającego i Przystępującego IHP koncepcja, jakoby wartość 20 mln zł miała odnosić się do skali wykonanych robót budowlanych wszystkich branż, jeżeli tylko ich zakres obejmował m.in. wykonanie ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną, niezależnie od wartości tych ostatnich prac, nie znajduje oparcia nie tylko z punktu widzenia wykładni językowej powyżej przywołanego postanowienia, ale z uwagi na okoliczności, w jakich warunek został określony.

W odpowiedzi na odwołanie wiele miejsca poświęcono generalnym rozważaniom o zasadzie proporcjonalności w orzecznictwie krajowym i unijnym – skądinąd ze wszech miar słusznym – jednak bez konkretnego i przekonującego wykazania, że tylko warunek według prezentowanej koncepcji można poczytać za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Innymi słowy – odpowiadający normie z art. 112 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przełożenie powyższego na uwarunkowania prowadzonego postępowania sprowadza się jednak w odpowiedzi na odwołanie do konstatacji, że przedmiot tego zamówienia nie ogranicza się wyłącznie do wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną, co jednak jest faktem bezspornym, ale na tym poziomie ogólności niczego nie wnosi do sprawy.

Bardziej konkretny był Przystępujący IHP, gdyż zestawiał kwotę 20 mln zł, o której mowa w warunku, z ceną swojej oferty wnoszącą 25.484.485,00 zł, w tym twierdząc, że – jak to określono – „prace ogrodzeniowe” mają w niej udział na

poziomie 35%, a ponadto co prawda łącznie wycenił na 9.613.328,55 zł roboty teletechniczne, jednak nie wszystkie dotyczą ogrodzenia, unikając jednak podania jednoznacznej wartości prac dotyczących ogrodzenia [patrz pkt 1.12. w piśmie procesowym odnośnie drugiego odwołania].

Zamawiający skrzętnie przemilczał a Przystępujący podniósł, ale w kontekście zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jego oferty, że doszło do ogromnej rozbieżności pomiędzy cenami wszystkich ofert a ubruttowioną wartością szacunkową, gdyż ta ostatnia oparta była na błędnym założeniu, że do wykonania jest 13.883,86 m.b. ogrodzenia typu 4, podczas gdy powinno być 2256,00 m.b., co przy koszcie wybudowania 1 m.b. na poziomie 1500 zł/m² daje różnicę 16,5 mln zł netto [patrz pkt 3.8. w piśmie procesowym odnośnie drugiego odwołania].

Wartość tego zamówienia została bowiem ustalona przez Zamawiającego 31 sierpnia 2023 r. na 49.421.950,00 zł, czyli po powiększeniu o kwotę podatku od towarów i usług (VAT) 60.788.998,50 zł, co zostało podane przez Zamawiającego przed otwarciem ofert 9 kwietnia 2024 r. jako kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia.

Podstawą ustalenia powyższych wartości według protokołu postępowania był dokument pn. „Zestawienie Kosztów Zadania Inwestycyjnego” (tzw. „ZKZ”). Z zawartego tam tabelarycznego zestawienia „rodzajów grup kosztów” wynika, że na te kwoty składają się następujące – jak to określono – „rodzaje grup kosztów” (w nawiasie z VAT): lp. 2. „Przygotowanie terenu i przyłączenia obiektów do sieci” – 3.489.620,00 zł (4.292.230,00 zł), lp. 3. – „Budowa obiektów podstawowych (roboty budowlane)” – 25.320.030,00 zł (31.143.640,00 zł), lp. 4. „Instalacje” – 20.328.030,00 zł (25.003.470,00 zł), lp. 6. „Wyposażenie” – 284.280,00 zł (349.660,00 zł).

Jednakże szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym przedmiary robót, oraz kosztorysy inwestorskie oparte są na innej systematyce, polegającej na wyszczególnieniu czterech głównych branż robót: budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej (obejmującej elektroniczne systemy zabezpieczeń i kanalizację kablową). Przede wszystkim taki podział znalazł też odzwierciedlenie w lit. A-D „Tabeli elementów ryczałtowych” (załącznik nr 1.1. do SWZ), w której każdy z wykonawców miał dokonać wyceny wyszczególnionych w niej pozycji, których suma to cena oferty.

Konieczne jest wtrącenie, że Zamawiający – pomimo że został do tego zobowiązany – zaniechał przedstawienia kompletnej dokumentacji właśnie w zakresie ustalania wartości szacunkowej zamówienia, tj. dopiero na odrębne wezwanie na rozprawie złożył wspomniane ZKZ oraz kosztorys inwestorski i przedmiary, ale te dwa ostatecznie wyłącznie w zakresie branży budowlanej i w wersji po usunięciu wspomnianego błędu co do długości ogrodzenia, jako załączniki do pisma z 11 kwietnia 2024 r. w sprawie sposobu jego usunięcia [patrz pismo ZBAR sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wraz z załącznikami – kopia w postaci papierowej wykonana na rozprawie].

Tym niemniej Zamawiający złożył również wiele mówiącą „Notatkę” z 16 kwietnia 2024 r., w której odnotowano, że ceny wszystkich pięciu złożonych ofert (Invest House Plus – 25.484.485,00 zł, Konsorcjum T4B – 25.940.700,00 zł, Konsorcjum Artem – 33.144.037,59 zł, Telbud – 36.553.829,40 zł, Lech – 36.759.085,26 zł) zostały wycenione znacząco poniżej wyceny, na której polegał Zamawiający (60.788.998,50 zł). Zidentyfikowano również przyczynę w postaci wspomnianego już zawyżenia (*de facto* ponad sześciokrotnego) długości ogrodzenia typu 4, co przełożyło się na różnicę pomiędzy kosztorysem – jak to określono – „załączonym do przetargu” a kosztorysem skorygowanym wynoszącą 17.267.435,15 zł, czyli brutto 21.238.945,23 zł. Jak to podsumowano, wartość według skorygowanego kosztorysu wynosi 32.154.514,85 zł, co daje 39.550.053,27 zł brutto, co zostało uznane za podstawę do oceny złożonych ofert.

Oczywiste jest jednak, że przy określaniu warunku dotyczącego zdolności technicznej wykonawcy punktem odniesienia dla Zamawiającego mogły być tylko kwoty wynikające z pierwotnego oszacowania, które przecież nie mogło już formalnie ulec zmianie po otwarciu ofert, podobnie jak opis warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający miał zresztą okazję zmienić w stosownym czasie ów warunek w kierunku jego złagodzenia, i to na długo przed upływem terminu składania ofert, jednak pozostał głuchy na wniosek, odnotowany jako pytanie nr 2, w którym wykonawca zwracał się właśnie o obniżenie wartości robót budowlanych w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą techniczną z 20 na 9 mln zł [patrz „Informacja na stronę internetową” z 13 marca 2024 r.]. Zadane pytanie dodatkowo potwierdza jednoznaczność sformułowania warunku co do określenia jako punktu odniesienia dla minimalnej wymaganej wartości wyłącznie prac związanych z wykonaniem ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.

Co więcej, zaledwie tydzień później, w odpowiedzi na pytanie nr 31 Zamawiający potwierdził prawidłowość podanej w przedmiarze na 13.833,86 m.b. całkowitej długości ogrodzenia typu 4. Co prawda dwa dni później, dzięki pytaniu nr 81, w którym wykonawca zwrócił uwagę na rozbieżność pomiędzy opisem a rysunkami w dokumentacji projektowej, Zamawiający zreflektował się, że prawidłowa długość wynosi 2256,00 m.b. (nie wliczając furtek i bram). Nie poddał jednak już tego refleksji w kontekście oszacowania wartości zamówienia i określenia warunku udziału, pomimo że wykonawca zwracał również uwagę na fakt, że zgłaszane przez niego rozbieżności powodują ogromne rozbieżności w wycenie zadania [patrz „Informacja na stronę internetową” odpowiednio z 20 i 23 marca 2024 r.].

Tymczasem na podstawie danych zawartych we wspomnianych notatce i poprawionym kosztorysie z 16 kwietnia 2024 r. można stwierdzić, że nawet po tak dużej zmianie w ramach piętnastu pozycji składających się na „A Roboty budowlane” w „Tabeli elementów ryczałtowych” zdecydowanie największy udział wartościowy ma poz. 5. „Ogrodzenie łącznie z

bramami". Przy czym łatwo można obliczyć, że pierwotnie została ona oszacowana w kosztorysie inwestorskim aż na 24.660.929,13 zł (30.332.942,83 zł z VAT), skoro w poprawionym kosztorysie razem dział (pkt) 5. „Ogrodzenie łącznie z bramami” opiewa na wartość 7.393.493,98 zł netto, przy łącznej wartości wszystkich robót objętych tym kosztorysem wynoszącej 10.324.921,67 zł netto [patrz str. 34. kosztorysu inwestorskiego dla branży budowlanej i zagospodarowania terenu oznaczonego również jako „Poznań ogrodzenie v2a” – kopia w postaci papierowej wykonana na rozprawie].

Z kolei na podstawie „Tabeli elementów ryczałtowych” złożonych ofert łatwo można stwierdzić, że wycena poz. 5. „Ogrodzenie łącznie z bramami” z „A Robót budowlanych” i „D Robót teletechnicznych” łącznie stanowi ok. 2/3 (lub nawet więcej) ceny każdej z tych ofert: Invest House Plus – 25.484.485,00 zł (w tym poz. 5. z „A” 7.697.876,30 zł, „D” 9.613.328,55 zł), Konsorcjum T4B – 25.940.700,00 zł (w tym poz. 5. z „A” 7.294.813,80 zł, „D” 11.861.456,46 zł), Konsorcjum Artem – 33.144.037,59 zł (w tym poz. 5. z „A” 11.744.331,50 zł, „D” 12.144.974,53 zł), Telbud – 36.553.829,40 zł (w tym poz. 5. z „A” 11.255.243,18 zł, „D” 14.821.660,72 zł), Lech – 36.759.085,26 zł (w tym poz. 5. z „A” 12.225.826,63 zł, „D” 17.749.123,46 zł).

Reasumując, powyższa analiza dowodzi, że ustalona na 20 mln zł wartość brutto robót budowlanych w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną jako element wymaganego minimalnego poziomu zdolności zawodowej do wykonania tego zamówienia była oczywiście proporcjonalna i adekwatna do przedmiotu zamówienia, jaki mógł być brany pod uwagę przez Zamawiającego na podstawie wiedzy o skali i wartości robót w tych branżach, którą miał przy określaniu warunków udziału w postępowaniu na potrzeby ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.

Natomiast forsowana przez Zamawiającego i Przystępującego koncepcja, nie dość, że nie znajduje oparcia w wykładni językowej i abstrahuje od powyższych okoliczności, zmierza *de facto* do odstąpienia od określenia minimalnego poziomu wymaganej zdolności zawodowej w odniesieniu do robót, które stanowią istotę tego zamówienia, czyli dotyczących wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną.

W celu wykazania posiadania wymaganego na mocy dla wykonania tego zamówienia poziomu zdolności zawodowej (co najmniej dwukrotnego należytego wykonania robót budowlanych w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną o wartości nie mniejszej niż 20 mln zł), czyli wykazania spełniania warunku udziału w tym postępowaniu z rozdziału VII ust. 1 pkt 5) IDW a także wskazania zakresu, w jakim wykona to zamówienie przy pomocy podwykonawców, Invest House Plus przedstawił następujące informacje w dokumentach składających się na złożoną przez niego ofertę.

Po pierwsze, IHP w swoim JEDZ potwierdził, że w celu spełnienia tego warunku polega na zdolności zawodowej innego podmiotu.

Po drugie, w odrębnym JEDZ Democo Poland sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie Podgórnym opisało w kontekście posiadania takiej zdolności: 1) budowę na rzecz Isabella PL sp. z o.o. od 1 marca 2020 r. do 29 kwietnia 2021 r. zakładu produkcyjnego namiotów oraz akcesoriów kempingowych wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i komunikacją, w tym z miejscami postojowymi, w miejscowości Lubawa, o wartości 22.502.731,00 zł; 2) budowę na rzecz Gminy Tarnowo Podgórne od 1 października 2018 r. do 30 czerwca 2020 r. Zespołu Szkół Technicznych wraz z budową ciągów pieszko-jezdných, miejsc postojowych, placów, chodników, murów oporowych, boisk wielofunkcyjnych, bieżni, zbiornika retencyjnego o poj. $V=100\text{ m}^3$ oraz wewnętrznej instalacji gazowej, o wartości 44.671.988 zł.

Po trzecie, w sporządzonym na formularzu z załącznika nr 6 do IDW Democo zobowiązało się na potrzeby realizacji tego zamówienia do oddania na rzecz Invest House Plus doświadczenia w zakresie dwukrotnej realizacji robót budowlanych, o wartości minimum 20 mln zł brutto każda, deklarując wykonanie robót budowlanych w charakterze podwykonawcy.

Po czwarte, w ramach oferty sporządzonej na formularzach z załączników nr 1 i 1.1 do IDW IHP wskazał spośród czterech głównych zakresów robót wyszczególnionych w „Tabeli elementów ryczałtowych” roboty budowlane jako część tego zamówienia, którą zamierza powierzyć Democo jako podwykonawcy. Poza tym wskazując, że także roboty sanitarne i roboty elektryczne powierzy bliżej niesprecyzowanemu podwykonawcy. Tylko roboty teletechniczne nie zostały podane jako część zamówienia, która będzie przedmiotem podwykonawstwa.

Na późniejszym etapie postępowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (pismem z 7 maja 2024 r.) do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Invest House Plus załączył do pisma z 15 maja 2024 r. m.in. sporządzony na formularzu z załącznika nr 7 do IDW „Wykaz wykonanych zamówień”, w którym – po stwierdzeniem w brzmieniu: *Wykaz zamówień potwierdzający posiadane doświadczenie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował minimum 2 (dwie) roboty budowlane o wartości minimum 20 mln zł brutto każda w zakresie wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną* – zawarło analogiczne informacje odnośnie zdolności zawodowej Democo, co uprzednio wskazane w JEDZ Democo, przy każdej z obu pozycji wykazu dodając następujące stwierdzenie: *Wykonawca oświadcza, że wykazywana robota budowlana w zakresie prac obejmowała wykonanie ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną*.

IHP załączył dodatkowo odpowiednio „List referencyjny” z 7 marca 2022 r. i „Poświadczenie wykonanych robót budowlanych” z 18 czerwca 2020 r., w których odpowiednio „Isabella PL” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawie i Gmina Tarnowo Podgórne potwierdziły należyte wykonanie na ich rzecz robót budowlanych opisanych odpowiednio w poz. 1. i 2. „Wykazu wykonanych zamówień”.

Reasumując, wszechstronna analiza złożonej oferty i załączonych do niej dokumentów powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że o ile Democo zadeklarowało posiadanie i udostępnienie doświadczenia spełniającego warunek z rozdziału VII ust. 1 pkt 5) tiret pierwsze IDW, o tyle jednocześnie ograniczyło swój udział w wykonaniu zamówienia tylko do robót budowlanych, o których mowa w lit. „A” „Tabeli elementów ryczałtowych”. Taki też zakres podwykonawstwa Democo, czyli bez branży teletechnicznej z lit. „D” Tabeli elementów ryczałtowych”, określił w treści oferty Invest House Plus. Dodatkowo w ramach złożonych na odrębne wezwanie podmiotowych środków dowodowych Invest House Plus dodatkowo potwierdził, że doświadczenie Democo spełnia warunek udziału, w tym odnośnie wymaganego minimalnie poziomu zdolności.

Poza wszelkim sporem jest fakt, że na podstawie powyższych informacji Zamawiający pozytywnie zweryfikował spełnianie przez Invest House Plus warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 5) IDW, czemu dał wyraz wybierając ofertę IHP jako najkorzystniejszą.

Z kolei Przystępujący IHP przyznał w toku rozprawy, że żadne z robót budowlanych wskazanych w „Wykazie wykonanych zamówień” nie obejmowały swoim zakresem wykonania ogrodzenia wraz z infrastrukturą teletechniczną o wartości co najmniej 20 mln zł.

Co więcej, ponieważ na rozprawie nie zostały zaprzeczone okoliczności podniesione w drugim odwołaniu, za przyznane należy uznać, że wartość tych robót, a tym samym ich skala była wręcz marginalna.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są zasadne.

{KIO 1957/24}

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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 {pkt 8};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 10}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}.

W poprzednim stanie prawnym, pod rządami Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w jej ostatecznym brzmieniu (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednia ustawa pzp” lub „ppzp”}, implementację powyższych przepisów prawa unijnego zawierał art. 24 ust. 1 w pkt 16 i 17, stanowiąc, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Z uwagi na zbliżone brzmienie poprzednio i aktualnie obowiązujących przepisów prawa krajowego, stanowiących implementację tych samych przepisów prawa unijnego, co do zasady za aktualne należy uznać orzecznictwo wypracowane na tle stosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 poprzedniej ustawy pzp.

Dla prawidłowej interpretacji obecnie obowiązujących przepisów nie bez znaczenia jest również zestawienie ich z

jeszcze dawniejszymi przepisami, zarówno krajowymi, jak i unijnymi, które obowiązywały w powyższym zakresie.

Według dawnego art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do 27 lipca 2016 r. (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) {dalej: „dawna ustawa pzp” lub „dpzp”} z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12 wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b Rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm.) – stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego [por. pkt 75 i 119 wyroku].

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 177/15, argumentując w uzasadnieniu wyroku z 11 lutego 2015 r., że co prawda powyższe rozstrzygnięcie dotyczyło przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

Izba wywiódł, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać pozyskania dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar

wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 dpzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (vide uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (vide uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również co do zasady uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z 109 ust. 1 pkt 10 pzp (art. 24 ust. 1 pkt 17 ppzp) wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla wykluczenia z powołaniem się na art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp (art. 24 ust. 1 pkt 16 ppzp).

W przypadku obu powyższych podstaw wykluczenia wykonawcy pierwszą przesłanką jest przedstawienie zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacji wprowadzających w błąd, co w art. 24 ust. 2 pkt 3 dawnej ustawy pzp ograniczało się do nieprawdziwych informacji, czyli niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Jak trafnie wskazywano, pojęcie „prawda” rozumieć należy tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z faktami i danymi), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości [por. uzasadnienie wyroku Izby z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10, w którym odwołano się do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II KKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, nr 3, poz. 42)].

Natomiast funkcjonujące *de lege lata* pojęcie „informacji wprowadzających w błąd” ma szersze znaczenie, które nie ogranicza się tylko do nieprawdziwych informacji. Wprowadzające w błąd mogą być również informacje, które same w sobie są prawdziwe, ale jednocześnie niepełne, fragmentaryczne czy podane w takim kontekście, że fałszywie oddają stan faktyczny mający znaczenie dla ustalenia istnienia lub nieistnienia okoliczności doniosłej dla postępowania o udzielenie zamówienia. Są więc to informacje nieprawdziwe w takim sensie, że fałszywie oddają stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej. Najprościej rzecz ujmując, chodzi zatem o słownikową „półprawdę”, czyli *informację, która przez celowe nieujawnienie całej prawdy wprowadza w błąd, inaczej mówiąc prawdę częściową, niepełną, tak sformułowaną, że może w niej tkwić kłamstwo* [Słownik języka polskiego oraz Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/>].

Ponieważ w tej sprawie Przystępujący, w zakresie powyżej ustalonym, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, została wypełniona pierwsza z przesłanek koniecznych dla zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Druga przesłanka, o której już była mowa powyżej, dotyczy tego, aby przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było zawinione przez wykonawcę, przy czym art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp wymaga co najmniej wystąpienia rażącego niedbalstwa, natomiast według art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp wystarczająca jest lekkomyślność.

Rażące niedbalstwo jako najcięższy z przypadków winy nieumyślnej oznacza zachowanie się w sposób istotnie odbiegający od oczekiwań stawianych wobec podmiotu działającego na rynku profesjonalnie. Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (vide uzasadnienie wyroku z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Jednocześnie porównanie art. 355 kc z przepisami kc, w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa”, wskazuje na to, że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy

z umyślnością (vide uzasadnienie wyroku z 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia co do zasady badane jest na podstawie oświadczeń własnych wykonawców, co służy usprawnieniu i przyspieszeniu czynności zamawiającego. Jednocześnie wskazuje, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawianie w tych oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Stąd przedstawienie przez Przystępującego w wykazie robót, czyli szczegółowym oświadczeniu własnym, w jaki sposób spełnia warunek udziału określony w tym postępowaniu przez Zamawiającego, stanowi rażące naruszenie tego wzorca. Co więcej, Przystępujący nawet w toku postępowania odwoławczego nie był w stanie przyznać, że wprowadził Zamawiającego w błąd, twierdząc, że działał w dobrej wierze i przy dochowaniu należytej staranności. Wobec tego zachowanie Przystępującego należy ocenić jako nie tylko rażąco niedbałe naruszenie podstawowych reguł obowiązujących wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale jako działanie w zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Trzecią i ostatnią przesłanką, która musi łącznie wystąpić z poprzednimi, jest to, aby wprowadzenie w błąd dotyczyło informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przy czym według dominującego w orzecznictwie Izby stanowiska wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie musiały faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogły mieć potencjalny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu. Taka interpretacja jest również podzielana przez Sąd Okręgowy w Warszawie, który trafnie wskazał, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ppzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje czy wykonał jakiekolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (vide uzasadnienie wyroku wydanego 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18; podobnie w uzasadnieniu wyroku z 5 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 48/21).

Przy czym ponownie należy podkreślić, że skoro decyzje m.in. odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę (w aktualnym stanie prawnym zaliczanych do podmiotowych środków dowodowych) na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ani nawet uprawnienia do ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez danego wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki. Innymi słowy nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń.

Ponieważ w okolicznościach tej sprawy nastąpiło skuteczne wprowadzenie w błąd Zamawiającego, który na podstawie oświadczeń Przystępującego wybrał jego ofertę, przesłanka ta została więcej niż wypełniona.

Z art. 128 ust. 1 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na dokonanie tych czynności lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższa regulacja jest analogiczna do poprzednio zawartej w art. 26 ust. 3 poprzedniej ustawy pzp, stąd za w pełni aktualne należy uznać stanowisko uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu (w powyżej objaśnionym rozumieniu), nie można w tym trybie zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem w zakresie istotnych dla tego postępowania informacji, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie wręcz potwierdza spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która w rzeczywistości wprowadzała w błąd. Stąd wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w oświadczeniach na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z odrzuceniem oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego tych warunków.

Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 8 i 10 pzp mieści się również badanie, czy wykonawca, który przedstawił informację wprowadzającą w błąd, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji

prowadziłoby to do takiej interpretacji tych podstaw wykluczenia, że dla ich zaistnienia konieczne jest jeszcze zaistnienie czwartej przesłanki. Innymi słowy nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda przedstawił wprowadzające w błąd informacje, ale uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia tej nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

Już z powyższych względów (abstrahując od okoliczności istotnych w kontekście zarzutu z pierwszego odwołania) Przystępujący nie może zostać wezwany do zastąpienia nierzetelnych oświadczeń takimi, które rzeczywiście potwierdzą spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

{KIO 1947/24}

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Z kolei według art. 118 ust. 2 ustawy pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z przywołanych przepisów można zatem wyprowadzić normę prawną, zgodnie z którą, jeżeli z oferty nie wynika, że podmiot, na którego zdolnościach polega wykonawca w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, zamawiający odrzuca taką ofertę jako niezgodną z ustawą pzp.

W poprzednim stanie prawnym, pod rządami Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednia ustawa pzp” lub „ppzp”}, w której analogiczne uregulowania były zawarte odpowiednio w art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 22a ust. 4 [art. 22a został dodany w wyniku nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie 28 lipca 2016 r.] ukształtowała się linia orzecznicza potwierdzająca prawidłowość takiej interpretacji tych przepisów.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Izby z 13 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1174/20, zakres wskazany do realizacji przez podwykonawcę jest elementem oferty stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia, tj. sposobie spełnienia świadczenia, i jako element treści oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert, tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przy czym Izba oceniła zaoferowanie przez wykonawcę samodzielnie niespełniającego warunku udziału dotyczącego doświadczenia, który zamierzał polegać w tym zakresie na zasobach innego podmiotu, realizacji przez ten podmiot przedmiotu zamówienia w węższym zakresie niż jest to wymagane według tego warunku, za naruszenie art. 22a ust. 4 ppzp. Podmiot trzeci, który posiada zdolności (doświadczenie) wymagane do realizacji usługi, miałby bowiem wykonywać tę usługę w zakresie nieodpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu. Stąd Izba stwierdziła, że skoro oferta została złożona z naruszeniem art. 22a ust. 4 ppzp, zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Izba stwierdziła również, że w takiej sytuacji wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego stanowiłoby niedopuszczalną w świetle przepisów ustawy pzp ingerencję w treść oferty, jej uzupełnienie. Natomiast oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. O ile oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o tyle nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego, czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego.

Zbieżne stanowisko, już na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów, zajęła Izba w uzasadnieniach dwóch wyroków wydanych 15 lutego 2023 r. przez dwa różne składy orzekające, tj. w sprawie sygn. akt KIO 282/23 i w sprawie sygn. akt KIO 284/23. Przy czym we wszystkich tych trzech sprawach również z zobowiązania do udostępnienia zasobów wynikało, że podmiot trzeci nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki był konieczny według obowiązującego warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo w uzasadnieniu wyroku z 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 284/23 zwróciła uwagę na przepis art. 123 ustawy pzp, zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przy czym Izba wzięła również pod uwagę art. 122 ustawy pzp (jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu), stwierdzając że po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, w tym przypadku co do sposobu realizacji umowy. Innymi słowy

ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby, ale przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z art. 123 pzp. Dotyczą one zarówno czasu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, jak i zakresu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy pzp.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 4. *petitum* i pkt IV uzasadnienia pierwszego odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Złożony wraz z ofertą JEDZ Invest House Plus rzeczywiście w części III dotyczącej podstaw wykluczenia nie zawiera lit. C dotyczącej podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. Oznacza to, że Invest House Plus w ogóle nie złożył oświadczenia co do tego, czy zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 7, 8 ustawy pzp, pomimo że Zamawiający w rozdziale VIII ust. 1 SWZ przewidział zastosowanie tych przepisów na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w toku postępowania w ogóle nie odniósł się do tych faktów, więc na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp należało uznać je za przyznane, zwłaszcza że zostały potwierdzone przez Przystępującego IHP w piśmie procesowym z 24 czerwca 2024 r. dotyczącym pierwszego odwołania [patrz pkt 4.].

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest zasadny.

Z art. 125 ust. 1 ustawy pzp wynika obowiązek załączenia przez wykonawcę do oferty oświadczenia m.in. o niepodleganiu wykluczeniu, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Przy czym w art. 125 ust. 2 ustawy pzp doprecyzowano, że oświadczenie takie składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem” {w obrocie funkcjonuje również skrótowiec „JEDZ”}.

Z kolei z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika w szczególności, że jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 pzp, jest niekompletne, zamawiający ma obowiązek wezwać takiego wykonawcę odpowiednio do jego uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że 1) oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na to uzupełnienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zamawiający naruszył powyższą normę, gdyż zamiast wezwać do uzupełnienia JEDZ w powyżej wskazanym zakresie, wybrał ofertę IHP, *de facto* bez zbadania, czy Przystępujący IHP nie podlega wykluczeniu na podstawie szeregu obowiązujących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia podstaw wykluczenia.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 5. i 6. *petitum* i pkt V uzasadnienia pierwszego odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zarzuty z pkt 5. i 6. *petitum* odwołania, gdzie poprzestano na wskazaniu i przytoczeniu przepisów art. 128 ust. 4 i art. 233 ust. 1 ustawy pzp, w pkt V uzasadnienia odwołania zostały rozwinięte pod wspólną nazwą *Wyjaśnienia w zakresie realnego wykorzystania potencjału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej*. Sprecyzowano tam zarzut zaniechania wezwania Invest House Plus na podstawie art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia, w jaki sposób przy planowanym podziale zadań oraz przy braku spełniania przez Domeco wymagań Instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego zostanie zapewnione realne wykorzystanie deklarowanych zasobów, zarówno własnych IHP (kluczowy personel), jak i udostępnianych przez Domeco (wiedza i doświadczenie), które wzajemnie się przenikają (w szczególności kluczowy personel z ramienia IHP powinien być zaangażowany we wszystkie prace, również te wykonywane przez Domeco i pozostałych podwykonawców). Ponadto, w sytuacji gdy Domeco nie spełnia wymagań Instrukcji, nie jest możliwe jego realne zaangażowanie jako podwykonawcy, gdyż nie będzie miało dostępu do informacji koniecznych dla realizacji powierzonych mu części zamówienia.

Z jednej strony uzasadnienie zarzutu polega na takim prezentowaniu okoliczności faktycznych co do określonych przez Zamawiającego na str. 9 SWZ warunków udziału w postępowaniu co do zdolności zawodowej i technicznej wykonawcy do przestrzegania ochrony informacji niejawnych, jakby obowiązek wykazania ich spełniania dotyczył również Domeco jako podwykonawcy.

Tymczasem zacytowane (skądinąd adekwatnie) postanowienie, które określa wymaganie posiadania przez pracowników skierowanych przez wykonawcę do realizacji tego zamówienia poświadczenia bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą tajności „zastrzeżone” (lub pisemnego upoważnienia kierownika jednostki organizacyjnej) oraz zaświadczenia stwierdzającego odbycie przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, odnosi się do wyszczególnionego powyżej kluczowego personelu budowlanego. W odwołaniu przemilczano, że wykazaniu spełnienia tego warunku służył formularz z załącznika nr 2 do IDW „Wykaz osób skierowanych przez

wykonawcę do realizacji zamówienia", gdzie w tabeli w odniesieniu do każdej z wymaganych funkcji (tj. kierownika budowy, kierownika robót elektrycznych, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót telekomunikacyjnych, geodety i montażysty systemów alarmowych) ostatnia kolumna została przewidziana na wpisanie danych identyfikujących poświadczenie bezpieczeństwa (lub stosowne upoważnienie) oraz zaświadczenie o przeszkoleniu.

Natomiast fakt wykazania przez Invest House Plus bezpośredniego dysponowania odpowiednimi osobami w zakresie wspomnianego kluczowego personelu budowlanego nie był sporny. Podobnie jak bezpośrednie dysponowanie przez IHP osobami na stanowiska bezpośrednio związane z przestrzeganiem reżimu ochrony informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” oraz posiadanie przez IHP zdolności technicznej do przesyłania i przetwarzania takich informacji – co jest przedmiotem drugiego zacytowanego (skądinąd adekwatnie) warunku.

Niesporne również było, że wyłącznie w odniesieniu do spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu związanych z ochroną informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” Zamawiający wyłączył możliwość polegania na potencjale i zasobach podmiotów trzecich, co podniósł Przystępujący IHP. Podobnie jak brak zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku wykonania kluczowych zadań bez udziału podwykonawców.

Z drugiej strony zarzut zasadza się na zaprzeczonym przez Przystępującego twierdzeniu, że Domeco jako podwykonawca nie będzie w stanie spełnić wymagań „Instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego” w trakcie realizacji umowy w sprawie tego zamówienia. Przystępujący temu zaprzeczył, a Odwołujący – na którym z mocy art. 534 ust. 2 ustawy pzp spoczywał ciężar wykazania tego – nie wykazał w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej. W szczególności nic nie wniosło do sprawy zacytowanie w odwołaniu wybranych postanowień Instrukcji.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 125 ust. 4 ustawy pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Z kolei według art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Podniesione dla uzasadnienia zarzutu okoliczności co najwyżej wskazują na powzięcie przez Odwołującego wątpliwości co do sposobu, w jaki Invest House Plus przy udziale Domeco jako podwykonawcy zapewni przestrzeganie reżimu ochrony informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” przy wykonywaniu robót w oparciu o dokumentację częściowo objętą taką klauzulą. Nie wskazuje to jednak na naruszenie przez Zamawiającego przywołanych przepisów, z których co do zasady wynika uprawnienie, nie obowiązek, wyjaśniania dokumentów lub treści oferty.

{KIO 1947/24, KIO 1957/24}

{rozstrzygnięcie o żądaniach odwołań i kosztach postępowania}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odpowiednio:

1)art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 w sprawie sygn. akt KIO 1947/24,

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w sprawie sygn. akt KIO 1957/24

– miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach, na które złożyły się uiszczone wpisy od odwołań oraz uzasadnione koszty Odwołujących z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (udokumentowane złożonymi do akt fakturami VAT), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 i ust 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. poz. 2437), tj. obciążając nimi w całości Zamawiającego, również w pierwszej sprawie, uznając, że przemawia za tym waga głównego zarzutu, którego uwzględnienie spowodowało uczynienie zadość najdalej idącemu spośród żądań odwołania.