

WYROK

Warszawa, dnia 12 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

Po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2024 r. przez wykonawcę J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" : siedzibą w Łabowej 185 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Areszt Śledczy w Łodzi, ul. Smutna 21 Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego:

- wykonawca Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie, ul. Kocjana 3

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" z siedzibą w Łabowej 185 i;
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" z siedzibą w Łabowej 185 tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1897/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Przebudowa infrastruktury i instalacji wewnętrznych budynku zakwaterowania osadzonych OP-B w Areszcie Śledczym w Łodzi zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00282076 w dniu 11 kwietnia 2024r.

Informację o wyborze oferty PGSW zamawiający przekazał w dniu 24 maja 2024r

W dniu 29 maja 2024 r. wniósł odwołanie wykonawca J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" z siedzibą w Łabowej 185. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 maja 2024 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania stronom.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 255 pkt 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na wadliwe dokonanie zmian w zakresie postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia;
- 2)art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór oferty PGSW pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PGSW pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń;
- 4)art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania PGSW do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej z rozdz. 7 pkt 3) lit. b) SWZ (str. 17) oraz w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z rozdz. 7 pkt 4) lit. b) SWZ (str. 18), pomimo, że dokumenty podmiotowe złożone przez tego wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 5)art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania PGSW do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych;
- 6)art. 16 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

Wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty PGSW.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Niewątpliwie odwołujący ma i miał interes w pozyskaniu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie możliwości złożenia ofert wszystkim zainteresowanym wykonawcom, a następnie ich oceny w sposób zgodny z przepisami ustawy, w tym w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Jednakże wskutek zaistnienia nieusuwalnej wady postępowania oferty nie mogły zostać złożone w sposób poprawny, transparentny i uczciwy. Dlatego w interesie odwołującego jest wzięcie udziału w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu, gdzie każdy wykonawca ma możliwość przygotowania swojej oferty w czasie odpowiednim i z uwzględnieniem wszystkich wymagań zamawiającego, zakomunikowanych i wprowadzonych do dokumentów zamówienia w prawidłowy sposób. Ponadto zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty PGSW jako najkorzystniejszej, choć wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niewątpliwie w tym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

Odwołujący podał, że zamawiający wyznaczył termin składania ofert w postępowaniu na dzień: 6 maja 2024r., godz. 10:00 (ustalony ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dn. 17.04.2024r.). W dniu 6.05.2024r., godz. 09:02 zamawiający zamieścił na platformie zakupowej plik o nazwie: „Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.”. Analiza tego pliku wskazuje, że zawiera on zmiany umowy, o których wcześniej w żadnym innym dokumencie zamawiający nie informował – zostały one dokonane na mocy tego dokumentu po raz pierwszy, na niespełna 1 godzinę przed terminem składania ofert. Chodzi o zmianę i nadanie nowej treści § 5 ust. 4-8 wzoru umowy jak poniżej:

„4. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że:

- 1) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca otwarcia ofert przy czym łączna wartość zmiany wynagrodzenia, wynikającej z waloryzacji nie może przekroczyć 4 % wynagrodzenia określonego w ust. 1;
- 2) poziom zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym miało miejsce otwarcie ofert; poziom zmiany będzie stanowił różnicę ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie Prezesa GUS z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym miało miejsce otwarcie ofert;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia nastąpi na podstawie wniosku strony wnioskującej o zmianę i dokumentów dołączonych do tego wniosku potwierdzających m.in. rzeczywiste zastosowanie poszczególnych materiałów/poniesienie poszczególnych kosztów w ramach niniejszej umowy, a także na podstawie komunikatów Prezesa GUS, o których mowa w pkt 2 powyżej.

5. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić na podstawie pisemnego aneksu podpisanego przez obie Strony Umowy.

6. Strona, która wnioskuje o waloryzację wynagrodzenia powinna wystąpić do drugiej strony z wnioskiem zawierającym:

- 1) wskazanie, że ceny materiałów lub kosztów przekroczyły próg zmiany ceny określony w ust. 4 pkt 1 wraz z wyliczeniem proponowanej zmiany wynagrodzenia, w celu weryfikacji możliwości waloryzacji;
- 2) załączony wydruk cen objętych wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej publikowanym przez Prezesa GUS.

7. Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty podpisania Umowy.

8. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 4, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczącym zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi; 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Nadanie przez zamawiającego nowej treści § 5 ust. 4-8 wzoru umowy (Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.) wiąże się z następującymi okolicznościami:

- Zamawiający zaniechał dokonania obligatoryjnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, bo kwestie objęte tymi nowymi postanowieniami doprecyzowują i zmieniają treść tego ogłoszenia,
- Zamawiający dokonał zmiany z naruszeniem art. 271 ust. 2 i 3 ustawy, ponieważ termin składania ofert nie został zmieniony o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, choć było to konieczne, a zmiana jest istotna.

Dla uporządkowania faktów odwołujący wyjaśnił:

- 1) w pierwotnej treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji 7.4.) Rodzaj i zakres zmian umowy zawarto takie same

informacje, jak w §14 (Zmiany umowy) pierwotnej wersji wzoru umowy (plik o nazwie: „Załącznik nr 11 - wzór umowy” – udostępniony na platformie zakupowej w dniu 11.04.2024r., godz. 17:46). Wskazane postanowienia regulują przesłanki zmiany umowy,

- w dniu 17.04.2024r., godz. 16:50 Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej plik o nazwie: „Załącznik nr 11 - Wzór umowy AKTUALNE”. W tej nowej wersji wzoru umowy przede wszystkim nadano nową treść §7 – dodano postanowienia w przedmiocie zaliczek i nadano nową treść §13 – dodano postanowienia dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W konsekwencji zmianie ulega numeracja paragrafów i zmiany umowy zostały zawarte w §15 (w tej wersji są dwa paragrafy o nr 15). Nie dokonano zmian w zakresie dotyczącym rodzaju i zakres zmian umowy oraz warunków ich wprowadzenia,
- w dniu 30.04.2024r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zawarto ogłoszenie nr 2024/BZP 00309081/01 stanowiące ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, w którym dokonano zmiany sekcji 7.4.) ogłoszenia o zamówieniu - Rodzaj i zakres zmian umowy oraz warunki ich wprowadzenia, przez:
 - a) dodanie przesłanki zmiany o treści: „zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”,
 - b) dodanie przesłanki zmiany o treści:
„w przypadku wystąpienia poniższych okoliczności:
 - a) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - b) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, c) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych
- Wykonawca może wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji w sprawie wprowadzenia odpowiedniej zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przez wykonawcę realizacji niniejszej Umowy.”

4. Postanowienia zawarte w § 5 ust. 4-8 wzoru umowy „Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.” stanowią niewątpliwie postanowienia w przedmiocie rodzaju i zakresu zmian umowy oraz warunków ich wprowadzenia, wymaganych do podania w sekcji 7.4.) ogłoszenia o zamówieniu. One określają rodzaj i przede wszystkim zakres zmian umowy – limity zmiany cen uprawniające do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia (minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca otwarcia ofert), zakres zmian umowy: (przy czym łączna wartość zmiany wynagrodzenia, wynikającej z waloryzacji nie może przekroczyć 4 % wynagrodzenia określonego w ust. 1), jak również warunki wprowadzenia zmian – opisana procedura dokonywania zmiany, składania wniosku, jego oceny, itd. W konsekwencji, ich wprowadzenie do wzoru umowy musiało łączyć się ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu, bo dotyczyło elementów w nim wymaganych i stanowiło ponadto modyfikację postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu. Choć zamawiający zawarł te zmiany w §5 a nie w §15 wzoru umowy (zgodnie z numeracją z bezpośrednio poprzedzającej wersji: „Załącznik nr 11 - Wzór umowy AKTUALNE” – z 17.04.2024r.), to niewątpliwie dotyczą one tej samej kwestii.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert”. I właśnie bez takiego ogłoszenia zmieniającego została dokonana zmiana w zakresie waloryzacji wynagrodzenia. W tym stanie faktycznym zmiany te oczywiście miały znaczenie dla sporządzenia ofert, bowiem dotyczą one fundamentalnej kwestii - kalkulacji wynagrodzenia. Odwołujący zauważył, że na godzinę przed składaniem ofert mieliśmy taki stan faktyczny, że zamawiający ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dn. 30.04.2024r. dokonał zmiany i wprowadził wskazane powyżej dodatkowe przesłanki waloryzacji, w tym m.in. o treści: „zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”. Ale przecież tak określone przesłanki były niezwykle korzystne dla wykonawców i nie zawierały żadnych ograniczeń i limitów w jej zastosowaniu, warunków ich wprowadzenia. Każda zmiana cen materiałów lub kosztów uprawniała do zmiany wynagrodzenia, więc ryzyko w tym zakresie zostało zupełnie zniesione, a wykonawcy nie musieli go kalkulować. Nowa treść § 15 ust. 4-8 wzoru umowy „Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.” diametralnie zmieniła sytuację wykonawców, bo wprowadziła rygorystyczne warunki zmiany: „minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca otwarcia ofert przy czym łączna wartość zmiany wynagrodzenia, wynikającej z waloryzacji nie może przekroczyć 4 %

wynagrodzenia określonego w ust. 1" (§ 15 ust. 4 pkt 1). Zatem kalkulacja ceny musiała uwzględnić nowe postanowienia i ryzyko związane z brakiem spełnienia warunków uprawniających do waloryzacji (nieosiągnięcie minimalnego poziomu zmiany cen uprawniającego do waloryzacji (15%) lub przekroczenie limitu zmiany wynagrodzenia (4%). Inaczej ujmując poziom zmiany nie uprawniający do waloryzacji wynagrodzenia musiał zostać oszacowany i w kalkulowany w zakresie oszacowanym przez wykonawcę do ceny oferty. Aby to ryzyko skalkulować należy przeprowadzić ekspercką analizę, co wymaga przynajmniej jednego dnia roboczego.

Jak wskazano, zmiana polegająca na nadaniu nowej treści § 5 ust. 4-8 wzoru umowy (Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.) została dokonana na niespełna 1 h przed terminem składania ofert. Co więcej, została ona dokonana w sposób wyjątkowo nietransparentny – zmiana ta nie została zakomunikowana ani żadnym pismem przewodnim, ani nie została w żaden sposób graficznie wyodrębniona, aby mogła zostać łatwo zauważona (np. tryb zmian, inny kolor, podświetlenie). W zasadzie zamawiający dokonał tej zmiany w sposób zakamuflowany i w okolicznościach istniejących na czas jej dokonania wykonawcy ani się jej nie spodziewali w takim czasie (trudno uznać, że jest to czas właściwy na wprowadzenie zmian, skoro jest to czas najwyższy na złożenie oferty i złożenia oferty w tym czasie wymagała należyta staranność). W świetle opisanych okoliczności nie było również możliwe natychmiastowe, czy szybkie zauważenie zmian. Co więcej, aby je zauważyć - konieczne jest żmudne porównanie dokumentów, ale nie w trybie łatwego porównania wersji WORD, bo dokumenty zostały udostępnione w formacie pdf. Ale nawet zakładając hipotetycznie, że wykonawca natychmiast odkrywa dokonanie zmiany w szerszym zakresie, niż notyfikowało to wcześniej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, to i tak nie byłby w stanie przeprowadzić rzetelnej analizy zakresu zmian i kalkulacji wynagrodzenia z uwzględnieniem nowych postanowień. A później przecież na nowo trzeba sporządzić formularz oferty (nowa cena), podpisać go, wycofać poprzednio złożony i złożyć nowy.

Tymczasem ryzyka, które wynikają z braku możliwości dokonania waloryzacji w granicach wynikających z nowych postanowień musiały być uwzględnione w kalkulacji. Tym samym doszło do naruszenia art. 271 ust. 2 i 3 ustawy, ponieważ termin składania ofert nie został zmieniony o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, choć było to konieczne, a zmiana była istotna. Naruszenie to ma również wpływ na wynik postępowania, bo dotyczy kalkulacji ceny, ocenianej w ramach kryterium. Porównanie ofert ma tym samym charakter spekulatywny, bo nie wiadomo, który wykonawca jak oszacował wartość swojej oferty. Za pewnik natomiast można uznać, że każdy z wykonawców nie miał odpowiedniego czasu na dokonanie zmiany treści oferty w ślad za dokonaną zmianą.

W konsekwencji, umowa zawarta w wyniku udzielenia zamówienia podlegałaby unieważnieniu zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 i ust. 5 ustawy: „Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny”. Z kolei art. 705 kodeksu cywilnego stanowi w § 1, że: „Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie”. Możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego potwierdzono także w Komentarzu do art. 457 ustawy Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza: „Jak wskazuje dyspozycja art. 457 ust. 5, możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70(5) Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów. Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 705 Kc, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70(5) Kc znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy”.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła w wyroku z 11.08.2021r., KIO 1799/21

Dlatego też unieważnienie umowy mogłoby nastąpić na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy ze względu na udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy oraz ze względu na brak dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Podobny stan faktyczny, ale dotyczący opisu przedmiotu zamówienia (należy zauważyć, że warunki zmiany umowy też należy traktować jako element opisu przedmiotu zamówienia) legł u podstaw wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 11.06.2021r., KIO 1343/21, podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 27.04.2021r., KIO 913/21

Kalkulacja ceny oferty stanowi jedną z najważniejszych czynności w ramach przygotowania ofert. Warunki zmiany umowy stanowią zaś jeden z elementów ogłoszenia o zamówieniu i istotny element przyszłej umowy. Kalkulacja decyduje o tym który wykonawca pozyska zamówienie. W tym stanie faktycznym można założyć, że żaden z wykonawców nie miał możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji – uwzględniającej zmiany § 5 ust. 4-8 wzoru umowy. Wadliwie zakomunikowane zmiany w tym zakresie ma wpływ na brak możliwości udzielenia zamówienia w warunkach porównywalności ofert.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu, w tym zamawiającego - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają sztywną regulację postępowania, w zamian gwarantującą przejrzystość postępowania. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych (tak w wyroku z dn. 20.08.2021r., KIO 1936/21). Dlatego nie można sanować wadliwie opisanego kryterium arbitralnie przyjętą na etapie badania i oceny ofert jego interpretacją.

Dlatego w przekonaniu odwołującego unieważnienie postępowania jest jedynym słusznym rozwiązaniem. Podsumowując, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i odwołujący wniósł o jego unieważnienie.

Zamawiający postawił warunek w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w rozdz. 7 pkt 3) lit. b) SWZ (str. 17) o treści:

„wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 3 000 000,00 zł i na żądanie zamawiającego przedstawi dokument potwierdzający ten fakt.

Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej”.

Zamawiający w rozdz. 9 (Wykaz dokumentów i podmiotowych środków dowodowych) pkt 2) (DOKUMENTY SKŁADANI NA WEZWANIE) pkt 2) tiret trzeci (str. 26) wskazał, że będzie żądał od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 3 000 000,00 zł.

PGSW przedstawił na wezwanie zamawiającego polisę wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Polski Zakład Ubezpieczeń Wzajemnych. Dokument ten stanowi skan/wydruk dokumentu, który przez Ubezpieczonego został podpisany własnoręcznie (papierowo), zaś przez Ubezpieczyciela podpisami elektronicznymi. Podpisy elektroniczne na nim złożyli też pełnomocnicy PGSW. Złożony dokument polisy nie jest zatem ani oryginalnym dokumentem w formie elektronicznej, ani nie jest elektroniczną kopią.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej: „Rozporządzenie”): W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Zgodnie z § 6 ust. 2 Rozporządzenia: W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji podpisów elektronicznych, a złożony przez PGSW dokument w rzeczywistości stanowi skan wydruku dokumentu elektronicznego na którym widnieją jedynie znaki graficzne podpisów elektronicznych przedstawicieli Ubezpieczyciela. Odwołujący odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.03.2022, KIO 457/22.

Dokument polisy został wystawiony przez ubezpieczyciela jako dokument elektroniczny i taki dokument powinien przez

PGSW zostać przekazany. Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy zaniechując wezwania do uzupełnienia tego dokumentu, choć został on przekazany w niewłaściwej formie, z naruszeniem §6 ust. 1, 2, 3 i 5 Rozporządzenia.

Zamawiający postawił warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z rozdz. 7 pkt 4) lit. b) SWZ (str. 18) o treści:

wykaże, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobami, które posiadają odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie:

1.projektant - posiadający ważne uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnobudowlanej oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu.

2.kierownik budowy – posiadający ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy.

3.projektant - posiadający ważne uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu.

4.kierownik robót sanitarnych – posiadający ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych.

5.projektant - posiadający ważne uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu.

6.kierownik robót elektrycznych – posiadający ważne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych, - przy czym zamawiający dopuszcza możliwość łączenia przez jedną osobę kilku wymienionych powyżej uprawnień.

Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawi wykaz osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający dopuszcza zmianę osób skierowanych do realizacji zamówienia na etapie jego realizacji, jeżeli Wykonawca wykaże, że zgłaszane osoby posiadają kwalifikacje nie mniejsze niż opisane w SWZ.

Zamawiający w rozdz. 9 (Wykaz dokumentów i podmiotowych środków dowodowych) pkt 2) (DOKUMENTY SKŁADANI NA WEZWANIE) pkt 2) tiret piaty (str. 26) wskazał, że będzie żądał od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: „wykazu osób (o którym mowa w rozdziale II podrozdziale 7 pkt 4, zał nr 7 do SWZ), skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”. Zamawiający w załączniku nr 7 do SWZ – wykaz osób wskazał w opisie ostatniej kolumny: „Rodzaj uprawnień budowlanych wraz z ich numerem, zakresem i datą wydania, podstawa dysponowania oraz szczegółowy opis doświadczenia zawodowego”. Takiego szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego nie zawiera żaden z wykazów osób złożonych przez PGSW – zamawiający wyzwał PGSW do złożenia tego wykazu dwukrotnie. Wykaz osób złożony po raz pierwszy zawierał jedynie ogólne informacje przy każdej z osób: „Doświadczenie powyżej 5 lat”. W ramach ponownie złożonego, uzupełnionego wykazu osób PGSW nadal nie podało szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego, z którego by wynikało, że każda z osób posiada wymagane doświadczenie zawodowe powyżej 5 lat w zakresie funkcji wskazanych w warunku przez zamawiającego. Podano jedynie ostatnie realizacje, ale nie podano pełnionej funkcji (w warunku doświadczenie w stosunku do każdej z osób było wymagane w wykonywaniu określonych czynności lub pełnieniu określonej funkcji) w ramach poszczególnych realizacji, ani nie podano okresu doświadczenia w ramach poszczególnych realizacji. Co więcej, w stosunku do Pana Krzysztofa Chojeckiego w ogóle nie podano żadnych informacji na temat realizacji, w których ta osoba uczestniczyła. Tym samym nie zawarto szczegółowego opisu doświadczenia, w stopniu umożliwiającym weryfikację czy poszczególne osoby posiadają doświadczenie wymagane przez zamawiającego, tak w wymiarze okresu, jak i pełnionych funkcji.

W świetle powyższego oferta PGSW powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy, ponieważ wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń. Z ostrożności, odwołujący postawił zarzut i podniósł, że w świetle powyższego zamawiający winien był wezwać PGSW w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy do uzupełniania dokumentów i złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób – jeśli Wysoka Izba uzna, że przed odrzuceniem oferty PGSW zasadne jest wezwanie w tym zakresie, a zarzuty zaniechania odrzucenia oferty są przedwczesne.

W dniu 31 maja 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 3 czerwca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie, ul. Kocjana 3.

Przystępujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego. Czynność wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej została dokonana przez zamawiającego w sposób prawidłowy i zgodny zarówno z treścią dokumentacji obowiązującej w postępowaniu jak i treścią oferty przystępującego. Przystępujący uznał, że ma więc interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego, gdyż wybór jego oferty umożliwia mu realizację zamówienia i uzyskanie ustalonego wynagrodzenia.

Podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 271 ust. 2 i 3 ustawy ze względu na to, że termin składania ofert nie został zmieniony o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach jest chybiony, ponieważ art. 271 ust. 2 in fine wyraźnie wskazuje, że zamawiający termin przedłuża, jeżeli jest to konieczne. Biorąc pod uwagę okoliczność, że wprowadzona przez zamawiającego zmiana w treści par. 5, polegająca na dodaniu warunków zmiany wynagrodzenia jest korzystana dla wykonawców przez wyraźne wskazanie warunków waloryzacji, nie było potrzeby ponownej analizy przez wykonawców złożonych ofert. Nie jest prawdą, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, że zmiana diametralnie zmieniła sytuację wykonawców, pogarszając ją. Wzór umowy z 17.04.2024 r. w ogóle nie przewidywał waloryzacji wynagrodzenia. Wprowadzenie więc do wzoru w dniu 06.05.2024 r. takiego zapisu tylko polepszyło sytuację wykonawców, co powoduje, że argument o potrzebie ponownej analizy ryzyka złożonej oferty nie jest zasadny. Zamawiający prawidłowo więc przyjął, że zmiana nie była istotna w świetle regulacji art. 271 ust. 3 ustawy i nie wymagała udzielenia terminu na dokonywanie zmian w ofertach.

Za nietrafny należy również uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy, w zakresie, w jakim zarzut odnosi się do niezłożenia przez przystępującego w odpowiedniej formie dokumentu polisy. Dokument ten był przez zamawiającego sprawdzany na etapie postępowania i zamawiający nie zgłaszał do niego żadnych zastrzeżeń, uznając za prawidłowo złożony. Zamawiający postąpił prawidłowo, gdyż dokumenty w ramach postępowania podpisane zostały przez uprawnione osoby w przewidziany prawem sposób. Jak zauważa sam odwołujący (str. 11 odwołania, pkt 16) na dokumencie „podpisy elektroniczne na nim złożyli też pracownicy PGSW”, co zasadnie przez zamawiającego uznane zostało za złożenie podpisów w przewidziany prawem sposób. W ramach postępowania natomiast uprawnieni pracownicy przystępującego złożyli skan polisy i potwierdzili ten fakt podpisami elektronicznymi. Takie potwierdzenie spełnia warunki do uznania zrealizowania przez przystępującego obowiązku, o którym mowa w rozdz. 9 (Wykaz dokumentów i podmiotowych środków dowodowych). Przystępujący podkreślił, że złożone przez osoby składające skan polisy podpisy elektroniczne złożone zostały w sposób, który umożliwiał ich weryfikację. Zauważył również, że w sytuacji, w której dokument polisy podpisany został przez obie strony w wersji papierowej i w ramach postępowania złożony został skan takiego dokumentu, dokument taki nie budziłby wątpliwości. W takiej sytuacji zamawiający niewątpliwie nie żądałby potwierdzenia prawdziwości złożonych na dokumencie podpisów uznając, że złożenie takiego dokumentu przez uprawnioną osobę spełnia stosowne wymogi.

Za nietrafny zdaniem przystępującego należy również uznać zarzut niewykazania przez przystępującego odpowiednich kwalifikacji osób posiadających odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Sformułowany przez odwołującego zarzut nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania, gdyż przystępujący, po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uzupełnił dokumenty zgodnie z wezwaniem zamawiającego. PGSW szczegółowo wykazał uprawnienia poszczególnych osób ich doświadczenie w poszczególnych branżach zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Zarzuty podniesione w odwołaniu w ocenie przystępującego nie zasługują na uwzględnienie.

Zgłoszenie zostało wniesione przez dyrektora przedsiębiorstwa. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 10 czerwca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu I. „Zaniechanie unieważnienia postępowania” na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy ewentualnie jego oddalenie oraz oddalenie odwołania w pozostałej części (zarzuty II i III).

W zakresie postępowania dowodowego wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1) korespondencji z portalem e-zamówienia: zgłoszenia nr 81820, odpowiedzi portalu e-zamówienia na zgłoszenie nr 81820, e-mail z dnia 30.04.2024 r. z informacją o publikacji ogłoszenia nr 2024/BZP 00309081, dla wykazania daty i godziny publikacji ogłoszenia o zmianach nr 2024/BZP 00309081, daty rozpoczęcia biegu terminu do złożenia odwołania,

- 2) wydruk/PDF ogłoszenia nr 2024/BZP 00309081 opublikowanego w portalu e-zamówienia w dniu 30.04.2024 r., dla wykazania daty i godziny publikacji ogłoszenia o zmianach, daty rozpoczęcia biegu terminu do złożenia odwołania
- 3) wniosku ECO-REM-BUD z dnia 14.05.2024 r. oraz z dnia 15.05.2024 r. do zamawiającego o udostępnienie pełnej dokumentacji postępowania i złożenia wyjaśnień przez zamawiającego,
- 4) dowód przekazania żądanych dokumentów, z dnia 15.05.2024,
- 5) Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17.05.2024 r.
- 6) Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24.05.2024 r., dla wykazania, że odwołujący podejmował inicjatywę wyjaśniającą w zakresie dokumentacji postępowania i czynności zamawiającego i nie kierował do zamawiającego wątpliwości, odwołań dotyczących ogłoszenia o zmianach nr 2024/BZP 00309081 z dnia 30.04. 2024 r. oraz ukazania się „Załącznika nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.”
- 7) Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwo Państwowe - wykazania treści dokumentu, potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez PGSW, przedstawienia w dokumencie szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego i prawidłowości tego opisu,
- 8) kopii polisy OC PZUW dla treści i podpisów dokumentu, wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez PGSW.

Ponadto o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Ad Zarzut I odwołania - Zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że w dniu 6.05.2024r., godz. 09:02 zamawiający udostępnił do wglądu w Biuletynie zamówień publicznych/na platformie zakupowej plik o nazwie: „Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.” — zawierający zmiany do umowy, co według odwołującego stanowiło uchybienie w zakresie obligatoryjnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, nieprzedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach. W tym dniu, tj. 6 maja 2024 roku o godz. 10:00 zamawiający wyznaczył termin składania ofert w ww. postępowaniu (bezsporne).

Jednocześnie odwołujący przyznaje w odwołaniu, że w dniu 30.04.2024 roku zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych (na platformie e-zamówienia) ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu (o numerze 2024/BZP/00309081/01), w którym wskazał na zmiany w sekcji 7.4.) - ogłoszenia o zamówieniu - Rodzaj i zakres zmian umowy oraz warunki ich wprowadzenia przez ustalenie treści po zmianie:

Na podstawie art. 455 ustawy zamawiający przewiduje możliwość dokonania następujących zmian postanowień umowy:

1) zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku gdy:

- a) zmianie ulegnie urzędowa stawka podatku od towarów i usług - zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wartości wynagrodzenia umownego w zakresie wartości brutto;
- b) zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- c) zmianie ulegnie zakres robót objętych tą umową z przyczyn, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy wraz z odpowiednim zmniejszeniem wynagrodzenia umownego,

2) w przypadku wystąpienia poniższych okoliczności:

- a) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - b) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
 - c) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych
- wykonawca może wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji w sprawie wprowadzenia odpowiedniej zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przez wykonawcę realizacji tej umowy.

3) zmiany wielkości zakresu przedmiotu zamówienia z powodu niezrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia w sytuacjach, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, w szczególności w razie nieprzewidywanego i niezawinionego przez Zamawiającego braku środków finansowych na realizację całości lub części umowy,

4) zmiany terminu wykonania zamówienia z powodu:

- a) wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie zamówień/robót budowlanych zgodnie z technologią ich wykonania (w tym o charakterze siły wyższej) - przedłużenie o okres niemożliwości realizacji umowy;
- b) przedłużenia terminu realizacji zamówienia podstawowego na skutek konieczności wykonania zamówień/robót, dostaw, usług dodatkowych, nie objętych zamówieniem podstawowym, których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania oraz zakończenia podstawowego przedmiotu zamówienia;

- c) wynikłych ze zmiany obowiązujących przepisów prawa, co powoduje konieczność dostosowania dokumentacji do zmiany przepisów, które nastąpiły w trakcie realizacji zamówienia;
 - d) z powodu działań lub zaniechania zamawiającego;
 - e) z powodu nie otrzymania stosownych decyzji od innych organów publicznych;
 - f) wskutek wystąpienia okoliczności niezależnych od stron umowy związanych z koniecznością zmiany okresu realizacji umowy,
 - g) wystąpienia awarii (innej przeszkody) nie zwinionej czynnościami lub nie wynikającej z zaniechania czynności przez wykonawcę — przedłużenie terminów realizacji umowy o czas niezbędny na usunięcie awarii (przeszkody) oraz podjęcie dalszej prawidłowej realizacji zamówienia;
 - h) konieczności wykonania zamiennych robót budowlanych w stosunku do robót będących przedmiotem umowy lub odstąpienia przez zamawiającego od realizacji ich części — zmiana w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy wraz ze zmianą wynagrodzenia należnego wykonawcy (na podstawie zamiennego przedmiaru robót);
- 5) zmiany sposobu spełnienia świadczenia, zmiana parametrów realizowanego zamówienia w szczególności w przypadku konieczności realizacji projektu przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych i technologicznych lub materiałowych niż wskazane w dokumentacji zamówienia;
- 6) zmiany będą korzystne dla zamawiającego i nie będą miały charakteru naruszenia zasad konkurencji i równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia oraz zmiany nie będą istotne w rozumieniu art. 454 ust. 1, 2 ustawy.”

Zamawiający wyjaśnił, że plik o nazwie „Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.”, który ukazał się na platformie zakupowej/Biuletyn Zamówień Publicznych w dniu 06.05.2024 roku, stanowił element zmian SWZ, które zamawiający zainicjował zmianą ogłoszenia o zamówieniu ogłoszoną w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej BZP, Biuletyn) w dniu 30.04.2024 roku - 2.1. Numer ogłoszenia: 2024/BZP 00309081, 2.2. Data ogłoszenia: 2024-04-30.

„Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.”, zawierał m.in. nową treść par. 5 ust. 4-8 wzoru umowy:

„4. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że:

- 1) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca otwarcia ofert przy czym łączna wartość zmiany wynagrodzenia, wynikającej z waloryzacji nie może przekroczyć 4 % wynagrodzenia określonego w ust. 1;
- 2) poziom zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym miało miejsce otwarcie ofert; poziom zmiany będzie stanowił różnicę ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie Prezesa GUS z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym miało miejsce otwarcie ofert;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia nastąpi na podstawie wniosku strony wnioskującej o zmianę i dokumentów dołączonych do tego wniosku potwierdzających m.in. rzeczywiste zastosowanie poszczególnych materiałów/poniesienie poszczególnych kosztów w ramach niniejszej umowy, a także na podstawie komunikatów Prezesa GUS, o których mowa w pkt 2 powyżej.

5. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić na podstawie pisemnego aneksu podpisanego przez obie Strony Umowy.

6. Strona, która wnioskuje o waloryzację wynagrodzenia powinna wystąpić do drugiej strony z wnioskiem zawierającym:

- 1) wskazanie, że ceny materiałów lub kosztów przekroczyły próg zmiany ceny określony w ust. 4 pkt 1 wraz z wyliczeniem proponowanej zmiany wynagrodzenia, w celu weryfikacji możliwości waloryzacji;
- 2) załączony wydruk cen objętych wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej publikowanym przez Prezesa GUS.

7. Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty podpisania Umowy.

8. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 4, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy. ”

„Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.” pomimo intencji zamawiającego, na skutek błędu, nie został udostępniony w Biuletynie na oraz na Platformie zakupowej e-zamówienia, a „ukazał się” w momencie ogłoszenia przez zamawiającego informacji o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że po sporządzeniu ogłoszenia w przedmiocie zmiany ogłoszenia, które ukazało się na stronie e-zamowienia.gov.pl w ramach dokumentacji postępowania i dokonaniu ogłoszenia w dniu 30.04.2024 roku o godz.

17:46:05, wykonawcy biorący udział w postępowaniu — w tym odwołujący - powzięli wiedzę o tym, że zamawiający dokonuje zmian treści wzoru umowy — także w kwestii nowej przesłanki zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku gdy zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (waloryzacja) — cyt. z ogłoszenia z dnia 30.04.2024 r.

Zamawiający w tym miejscu przedstawia korespondencję z portalu e- zamówienia: zapytanie oraz odpowiedź zamieszczoną w portalu, z której wynika, że ogłoszenie o zmianie zamówienia nr 2024/BZP 00309081 z dnia 2024-04-30 zostało opublikowane w dniu 2024-04-30 o godzinie 17:46:05. Także osoba dokonująca w dniu 30.04.2024 r. w imieniu zamawiającego czynności publikacji ogłoszenia 2024/BZP 00309081 w portalu e-zamówienia, otrzymała w dniu 30.04.2024 r. o godzinie 19:46 na adres służbowej skrzynki e-mail: <S.> informację zwrotną z portalu z adresu: publikacja=e. o skutecznej publikacji ogłoszenia w dniu 30.04.2024 r.(dowód: wiadomość e-mail).

Zamawiający podkreślił, że w przypadku gdy wykonawca (oferent) miał włączoną subskrypcję w tym postępowaniu otrzymał powiadomienie na adres e-mail o tym fakcie.

Ponadto „wchodząc” w ogłoszenie pierwotne i wybranie opcji ogłoszenia powiązane, wykonawcy mieli dostęp do wszystkich ogłoszeń, w tym do ogłoszenia o zmianach nr : 2024/BZP 00309081 z dnia 30.04.2024 r.

(dowód: korespondencja z portalem e-zamówienia: zgłoszenie nr 81820, odpowiedź portalu e-zamówienia na zgłoszenie nr 81820, e-mail z dnia 30.04.2024 r. z informacją o publikacji ogłoszenia nr 2024/BZP 00309081).

Jednocześnie w dniu 6 maja 2024 roku, kiedy to wraz z czynnością ogłoszenia Informacji o maksymalnej kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia został skutecznie dodany na platformie zakupowej plik o nazwie „Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.” zawierający szczegółowe zmiany wzoru umowy m.in. w przedmiocie warunków waloryzacji (zgodnie z dyspozycją przepisu art. 439 ustawy) — wykonawcy także powzięli wiedzę o wprowadzonych we wzorze umowy zmianach.

Zamawiający podniósł, że czynność zamawiającego winna być zaskarżona przez wykonawców (odwołującego) w terminach wskazanych w przepisie art. 515 ustawy.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 - w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja odwołującego o wadzie postępowania wynikającej z zaniechania ogłoszenia wprowadzającego zmiany w załączniku nr 11 do SWZ oraz nie przedłużenia terminu do składania ofert zmierzająca do uznania nieważności postępowania, nie konwaliduje uchybienia terminu do złożenia odwołania od faktycznie skarżonych czynności zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 515 ustawy i nie może prowadzić do obejścia przepisów określających terminy do złożenia odwołania o charakterze zawitym. Uchybienie terminowi do wniesienia środka zaskarżenia stanowi przesłankę odrzucenia odwołania w tej części na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy. Za początek biegu terminu do zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia należy uznać dzień 30.04. 2024 r., kiedy to sporządzono i opublikowano ogłoszenie nr 2024/BZP 00309081, zatem termin do odwołania upłynął 6 maja 2024 roku.

Z kolei, gdyby za początkową datę biegu terminu do złożenia odwołania uznać dzień 6 maja 2024 roku, tj. jest dzień zamieszczenia (udostępnienia „Załącznika nr 11 AKTUALNE 30.04.”) bez dokonania ogłoszenia o zmianach, to i tak, 5-dniowy termin do odwołania z powodu braku ogłoszenia, określony w art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy, upłynął w dniu 13 maja 2024 r.

Wykonawcy złożyli oferty w dniu 6 maja 2024 r. do godziny 10.00 i nie wystąpili do zamawiającego zarówno w formie zapytania/zgłoszenia lub złożenia środka zaskarżenia w materii objętej omawianym zarzutem odwoławczym.

Jednocześnie zamawiający zaznaczył, że odwołujący ECO-REM-BUD posiadając już wiedzę o treści załącznika nr 11 - po publikacji ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty (co nastąpiło 14.05.2024 r., godz. 09:01) - w dniu 14 maja 2024 roku za pośrednictwem platformy e-zamówienia skierował wniosek do zamawiającego o udostępnienie pełnej dokumentacji przetargowej (14.05.2024 r., godz. 11:42:42). Przekazano żądane dokumenty, w tym protokół postępowania.

(15.05.2024, godz.11:56 Potwierdzenie otrzymania dokumentów + prośba o udostępnienie protokołu postępowania ze strony Eco Rem Bud).

W dniu 15 maja 2024, godz. 11:56 odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie: Protokołu postępowania z załącznikami oraz wezwań zamawiającego do Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwa Państwowego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz innych wezwań (jeśli były). Ponadto ECO-REM-BUD wniósł o udzielenie

przez zamawiającego informacji między innymi w zakresie uzupełnienia wykazu osób (załącznik nr 7) z powodu braku szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego oraz potwierdzenia posiadania odpowiednich uprawnień do projektowania w specjalności konstrukcyjnobudowlanej.

Na skutek aktywności podjętej przez wykonawcę ECO-REM-BUD, zamawiający uzyskał informację o wadzie potwierdzenia posiadania odpowiednich uprawnień do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i powziął uzasadnione wątpliwości w zakresie dokonanej oceny i badania ofert, co skutkowało unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty (publikacja zawiadomienia 17.05.2024 13:41) oraz powtórzeniem czynności badania i oceny ofert, m.in. wezwano wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Po ponownej ocenie i badaniu ofert zamawiający w dniu 24.05.2024 o godz. 13:34 dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty — dokonując wyboru oferty Polskiej Grupy SW Przedsiębiorstwo Państwowe — jako najkorzystniejszej z oferowaną kwotą 19 557 000,00 zł.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący po złożeniu oferty w dniu 6 maja 2024 roku i pomimo posiadanej wiedzy nie podnosił kwestii dotyczącej niekorzystnej dla wykonawców zmiany wzoru umowy, co przeczy przedstawionej w odwołaniu argumentacji o niekorzystnym (i istotnym) wpływie zmian na kalkulację oferty. Dopiero w odwołaniu złożonym w dniu 29 maja 2024 roku, odwołujący podniósł argumenty przeciwko dokonany zmianom i sposobowi ich podania wykonawcom.

Jednocześnie zamawiający dodał - biorąc pod uwagę treść zmian umowy, które zamawiający opublikował w treści ogłoszenia nr 2024/BZP 00309081 - że warunki dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia muszą być obligatoryjnie opisane w umowie (art. 439 ustawy), m.in. w zakresie poziomu zmian, wskaźników zmiany cen, maksymalnej wartości zmian. Odwołujący mógł, a przy dołożeniu staranności odpowiedniej dla zainteresowanego postępowaniem wykonawcy nawet powinien, przed sporządzeniem oferty uzyskać wyjaśnienia lub powziąć dalszą wiedzę związaną z zakomunikowanymi zmianami warunków zmiany umowy.

Zamawiający, planując publikację zmian w dniu 30.04.2024 r. (godz. 17:46:05) (w ogłoszeniu oraz „Załączniku nr 11 AKTUALNE 30.04.”) nie przewidział zmiany terminu składania ofert, który wyznaczony został na 6 maja 2024 roku o godz. 10.00, mając na uwadze wystarczająco długi termin (od 30.04.) do przeprowadzenia ewentualnej analizy składanej oferty, którym dysponowali wykonawcy.

Już zatem publikacja ogłoszenia numer: 2024/BZP 00309081 w dniu 30.04.2024 r. wskazująca w swojej treści na wprowadzenie przez zamawiającego zapisów dotyczących nowych przesłanek zmiany umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - wskazała wykonawcom na zmiany wzoru umowy w tej kwestii, co dało wykonawcom odpowiedni czas do przeprowadzenia niezbędnych czynności (w tym możliwość zaskarżenia tej czynności) oraz ewentualnej analizy i kalkulacji cenowej składanej oferty.

Istotą wprowadzenia terminów zawitych dla złożenia odwołania jest konieczność zapewnienia stabilności postępowania o zamówienie, także poprzez „zdyscyplinowanie” wszystkich uczestników postępowania — cyt.: „Rolą terminu zawitego jest wprowadzenie pewnej stałości i pewności w obrocie prawnym. Po jego upływie bowiem wniesione do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie podlegać będzie odrzuceniu i to niezależnie od tego, czy podniesione w nim zarzuty są zasadne czy też nie. Pełni on więc rolę gwarancyjną. Oto podmiot uprawniony (tu: wykonawca, odwołujący) otrzymuje gwarancję, iż wniesione przez niego przed upływem terminu odwołanie zostanie rozpoznane, a sprawa osądzona, zaś pozostałe podmioty — zamawiający, inni wykonawcy — uzyskują gwarancję, iż po upływie terminu ich pozycja nie zostanie podważona.” P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 515.

Zamawiający podkreślił, że ustawodawca przewidział bieg terminu zawitego do złożenia odwołania, od daty przekazania informacji (czynności) publikacji ogłoszenia, a nie od daty zapoznania się przez wykonawców z tą informacją. Nadto ustawodawca przewidział możliwość zaskarżenia zaniechania dokonania czynności w terminie, którego bieg rozpoczyna dzień, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wykonawcy już w dniu 30.04.2024 r. wiedzieli (mogli uzyskać informację) w zw. z ogłoszeniem numer 2024/BZP 00309081 o zmianach wzoru umowy oraz o ich kierunku, które wprowadził zamawiający.

Nie można zgodzić się z argumentami odwołania, że zamawiający w dniu 6 maja 2024 roku wprowadził zmianę w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia, która to waloryzacja wcześniej — zdaniem odwołującego była niczym nie ograniczona. Oczywiście jest, że zamawiający komunikując w ogłoszeniu nr 2024/BZP 00309081 w dniu 30.04.2024 r. nowe możliwości (przesłanki) zmian umowy (w tym w zakresie zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia) nie regulował tym samym warunków samej waloryzacji (co wprost wynika z treści komunikatu) - jak to usiłuje wywodzić i nadinterpretować odwołujący z podanych w dniu 30.04.2024 r. przesłanek zmiany umowy. Nie można abstrahować od wymogów przepisu art. 439 ust. 2 ustawy, który nakazuje zapisanie w umowie określonych

warunków waloryzacji - „2. W umowie określa się:”). Wobec tego nie można uznać wywodów strony odwołującej dotyczących powstania w dniu 6 maja 2024 roku nagłej (nie sygnalizowanej) konieczności przeszacowania oferty, bowiem po ogłoszeniu nr 2024/BZP 00309081 z dnia 30.04.2024 r. wykonawcy winni mieć świadomość, że przesłanki zmiany umowy związane z waloryzacją nie stanowią o warunkach samej waloryzacji.

Jako chybiony zamawiający uznał zarzut odwołania dotyczący naruszenia przepisu art. 271 ust. 2 i 3 ustawy. Zgodnie z ww. przepisami w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach albo ofertach, jeżeli jest to konieczne oraz gdy zmiana jest istotna w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. Przedłużenie winno nastąpić o czas niezbędny na przygotowanie lub wprowadzenie zmian we wnioskach albo ofertach. Jak już wyżej podniesiono wykonawcy mieli możliwość zapoznania się ze zmianami wprowadzonymi ogłoszeniem nr 2024/BZP 00309081 z dnia 30.04.2024 r., zatem zamawiający uznał, że nie było konieczne przedłużenie terminu do składania ofert określonego na dzień 06.05.2024 roku. Nadto przeprowadzone zmiany w związku z ich charakterem i rodzajem (nie zmieniono przedmiotu lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert) nie obligowały zamawiającego do wydłużenia terminu do składania ofert w rozumieniu ust. 3 ww. przepisu. Potwierdza to także chociażby brak aktywności odwołującego w tej materii po powzięciu informacji ogłoszonych w dniu 30.04.2024 roku oraz po zapoznaniu się z treścią załącznika nr 11 (opubl. 06.05.2024 r.) a także po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 14.05.2024 r. oraz unieważnieniu tej czynności i przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert.

Nie sposób także uwzględnić zarzutu odwołania, że zamawiający zaniechał dokonania obligatoryjnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, oraz że zamawiający, działając celowo, uniemożliwił wykonawcom prawidłową kalkulację oferty, a tym samym, że postępowanie (umowa) posiada wadę, która musi prowadzić do unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy umowa podlega unieważnieniu, gdy zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w BZP albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia ofert. W tym miejscu zamawiający podkreślił, że w przypadku zaniechania dokonania obligatoryjnej czynności - bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, działanie zamawiającego winno być zaskarżone w trybie art. 515 ust. 3 pkt ustawy. Brak zaskarżenia czynności zamawiającego w terminie zawitym powoduje odrzucenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że nawet gdy umowa zawarta w postępowaniu jest obarczona wadą nieusuwalną nie zawsze podlega unieważnieniu. Istotne jest aby wada mogła mieć lub miała wpływ na sporządzenie ofert i wynik postępowania. Podkreślił, że nie naruszono zasad równej konkurencji, wykonawcy przygotowywali i składali oferty w równych warunkach, żaden z wykonawców nie posiadał przewagi. Przed ukazaniem się „Załącznika nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.” nie wpłynęła żadna z ofert. Oferty są porównywalne, a jednocześnie odwołujący nie wykazał w odwołaniu wpływu ukazania się ww. załącznika na kalkulację ceny oferty, z uwzględnieniem faktu, że posiadał już wiedzę od 30.04.2024 r. o wprowadzeniu waloryzacji wynagrodzenia, co zakomunikowała wykonawcom treść ogłoszenia w zakresie dopuszczenia zmian umowy w tej materii. Dlatego nie można uznać, że doszło do naruszenia fundamentalnych zasad zamówień publicznych, a tym samym że brak ogłoszenia o zmianach miał znaczenie dla sporządzenia ofert. (tak, m.in. w E. Walkowiak, Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na jego wadę, LEX/el. 2023.)

Podsumowując, zamawiający uznał, że nie można rozpoznać odwołania w tej części, bowiem podlega ono odrzuceniu, jako złożone po terminie określonym w ustawie ustawy (art. 528 pkt 3). W przypadku rozpoznania odwołania w tej części, podlega ono oddaleniu jako pozbawione podstaw i nieuzasadnione.

Ad zarzut II Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu

Odnosząc się do kwestii wskazanej w pkt II.1. odwołania Zdolność ekonomiczna i finansowa, w zakresie braku należytego zbadania dokumentu przedstawionego zamawiającemu przez PGSW - polisy wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Polski Zakład Ubezpieczeń Wzajemnych w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu — zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał, że dokument ten nie został poddany właściwej ocenie przez zamawiającego. Odwołujący twierdzi, że ww. dokument nie jest ani oryginalnym dokumentem w formie elektronicznej, ani nie jest elektroniczną kopią, nie spełnia zatem wymogów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Zamawiający podniósł, że kwestionowany, przedstawiony przez PGSW dokument Polisy został podpisany: przez stronę PGSW w sposób własnoręczny (przez S.G., M.Z.) pod adnotacją: „Warszawa, 23.10.2023 r. miejscowość, data

(zawarcia umowy)", a przez PZUW w sposób elektroniczny (przez D.K. 25.10.2023 r.) oraz własnoręcznie przez S.W. (podpis i pieczęć, adnotacja z dnia 25.10.2023 r.) pod adnotacją: „Warszawa, 23.10.2023 r. miejscowość, data (wystawienia polisy)". Taka „hybrydowa” forma dokumentu opatrzona podpisami zarówno w formie odręcznej jak i podpisem elektronicznym, jest dopuszczalna. Dokument został przekazany w takiej formie jak go wygenerował i przekazał wytwórca (dokument jest podpisany przez obie strony, nie tylko przez „podmiot zewnętrzny”). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 30.05.2022 r., sygn. akt KIO 1238/22 wskazała, że przekazanie zamawiającemu dokumentów formie takiej, w jakiej został udostępniony wykonawcy nie może być uznane za nieprawidłowe.

Wykonawca PGSW złożył scan egzemplarza ww. umowy (cyfrowe odwzorowanie dokumentu) opatrzony podpisami elektronicznymi przez osoby uprawnione do ich złożenia, które to podpisy zamawiający miał możliwość zweryfikować i potwierdzić ich ważność. Wykonawca zatem poświadczył dokument polisy przez opatrzenie go podpisami elektronicznymi osób uprawnionych. Sposób wykazania przez oferenta warunku nie wzbudził u zamawiającego jego obawy w kwestii rzetelności lub prawdziwości. Dokument spełnił warunki określone przez zamawiającego — tj. wykazanie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 3 000 000,00 zł oraz przedstawienie dokumentu potwierdzającego ten fakt (pkt 7 ppkt 3b SWZ).

W ocenie zamawiającego nie doszło do naruszenia, żadnego ze wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3() grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

Ad zarzut III, oznaczony w odwołaniu III.1 Zdolność techniczna i zawodowa (pkt 20 odwołania)

W zakresie ww. zarzutu odwołujący zarzuca zamawiającemu, że nie odrzucił oferty wykonawcy PGSW, którego ofertę oceniono najwyżej, z uwagi na nie spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy), oraz zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego. Odwołujący twierdzi, że PGSW na wezwanie zamawiającego złożył Wykaz obarczony wadą w postaci braku szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego oraz braku informacji na temat doświadczenia zawodowego Krzysztofa Chojeckiego przedstawionego w Wykazie.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca PGSW — na wezwanie zamawiającego — złożył w wymaganym terminie Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykaz zawiera skierowane osoby z zakresem czynności do wykonywania przy realizacji zamówienia, rodzajem uprawnień budowlanych z numerem, zakresem i datą wydania, podstawą dysponowania i szczegółowym opisem doświadczenia zawodowego. Kwestionowany przez odwołującego szczegółowy opis doświadczenia zawodowego został wykazany przez wykonawcę przez wskazanie realizowanych inwestycji w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego (wymaganej branży). Wykaz należy analizować łącznie z przedstawionymi informacjami, zakresem danej specjalności i uprawnień oraz doświadczenia zawodowego. Szczegółowy opis doświadczenia zawodowego nie został nigdzie zdefiniowany czy sprecyzowany. Zarzut dotyczący braku szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego, sprowadza się w rzeczywistości do dowolnej, subiektywnej interpretacji odwołującego treści przedstawionego dokumentu.

Za chybiony należy także uznać zarzut całkowitego braku wykazania doświadczenia zawodowego wobec Krzysztofa Chojeckiego pozycja 3 wykazu. Wykaz zawiera opis realizacji dotyczący ww. osoby na drugiej stronie dokumentu kolumna 4: Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

- a) Przebudowa budynku zakwaterowania osadzonych OPA przy ul. Smutnej w Areszcie Śledczym w Łodzi,
- b) Budowa pralni wraz z infrastrukturą techniczną na terenie Zakładu Karnego Nr 1 w Łodzi,
- c) Budowa pawilonu mieszkalnego na terenie Zakładu Karnego Nr 1 w Łodzi.

Z powodów technicznych - układu wykazu przedstawionego w formie tabeli oraz zasad edycji w programie Word opis doświadczenia został przeniesiony na drugą stronę wykazu — przed pozycją nr 4.

W związku z powyższym, zdaniem zamawiającego, odwołanie w zakresie zarzutu I . podlega odrzuceniu, a odwołanie w całości nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami w wersji ustalonej w dacie 17 kwietnia 2024 r., ogłoszenia o zmianie ogłoszenia nr 2024/BZP 00309081/01 z dnia 30 kwietnia 2024 r., korespondencji zamawiającego z portalem e-zamówienia, w tym zgłoszeniem 81820 wraz z udzielonymi odpowiedziami, wniosków odwołującego o przekazanie dokumentacji zamówienia wraz z udzielonymi odpowiedziami i wyjaśnieniami, uzupełnionego wykazu osób PSGW i przekazanej umowy ubezpieczenia, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 maja 2024 r., informacji o unieważnieniu wyboru z dnia 17 maja 2024r., ponownego wyboru z dnia 24 maja 2024 r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z rozdziału II pkt. 7 ppkt 4 wynika, że:

7. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków

Na podstawie art. 112 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia jeżeli:

b) wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 3 000 000,00 zł i na żądanie zamawiającego przedstawi dokument potwierdzający ten fakt.

Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnej do realizacji zamówienia jeżeli:

b) wykaże, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. osobami, które posiadają odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie:

1. projektant - posiadający ważne uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnobudowlanej oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu.

2. kierownik budowy – posiadający ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy.

3. projektant - posiadający ważne uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu.

4. kierownik robót sanitarnych – posiadający ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych.

5. projektant - posiadający ważne uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu.

6. kierownik robót elektrycznych – posiadający ważne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz posiadający co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych,

- przy czym zamawiający dopuszcza możliwość łączenia przez jedną osobę kilku wymienionych powyżej uprawnień.

Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawi wykaz osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

2) dokumenty składane na wezwanie

Wykaz podmiotowych środków dowodowych

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

2) spełniania warunków udziału w postępowaniu

- dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej

- wykazu osób (o którym mowa w rozdziale II podrozdziale 7 pkt 4, zał nr 7 do SWZ), skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i

wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami

2. Sposób oraz termin składania ofert. Termin otwarcia ofert

a) sposób oraz termin składania ofert

4. Formularz ofertowy podpisuje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Rekomendowanym wariantem podpisu jest typ wewnętrzny. Podpis formularza ofertowego wariantem podpisu

w typie zewnętrznym również jest możliwy, tylko w tym przypadku, powstały oddzielny plik podpisu dla tego formularza należy załączyć w polu „Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę”. Pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty lub składane wraz z ofertą, które są zgodne z ustawą Pzp lub rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wymagań dla dokumentów elektronicznych opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, mogą być zgodnie z wyborem wykonawcy/wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia/podmiotu udostępniającego zasoby opatrzone podpisem typu zewnętrznego lub wewnętrznego.

W zależności od rodzaju podpisu i jego typu (zewnętrzny, wewnętrzny) w polu „Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę” dodaje się uprzednio podpisane dokumenty wraz z wygenerowanym plikiem podpisu (typ zewnętrzny) lub dokument z wszytym podpisem (typ wewnętrzny). W przypadku przekazywania dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W załączniku nr 7 wykaz osób zamawiający wskazał, że wykonawca ma podać: rodzaj uprawnień budowlanych wraz z ich numerem, zakresem i datą wydania, podstawa dysponowania oraz szczegółowy opis doświadczenia zawodowego Wykonawca powinien podać szczegółowe informacje, na podstawie których zamawiający będzie mógł jednoznacznie ocenić spełnienie warunku tj. skierowania do realizacji przedmiotowego zamówienia osoby, posiadającej uprawnienia i doświadczenie

w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia

W dniu 30 kwietnia 2024r. zamawiający o godz. 17:46 dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu (ogłoszenie zostało opublikowane). Z ogłoszenia wynikało, że zamawiający przewiduje zmianę umowy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający w tym dniu nie dokonał publikacji załącznika nr 11 – wzoru umowy. Załącznik ten został opublikowany w dacie przekazania informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia tj. 6 maja 2024 r., była to również data upływu terminu składania ofert. Wówczas został zamieszczony Załącznik nr 11 - wzór umowy AKTUALNE 30.04.”, zawierał m.in. nową treść par. 5 ust. 4-8 wzoru umowy:

„4. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w ust.

1 w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że:

1) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca otwarcia ofert przy czym łączna wartość zmiany wynagrodzenia, wynikającej z waloryzacji nie może przekroczyć 4 % wynagrodzenia określonego w ust. 1;

2) poziom zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym miało miejsce otwarcie ofert; poziom zmiany będzie stanowił różnicę ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie Prezesa GUS z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym miało miejsce otwarcie ofert;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia nastąpi na podstawie wniosku strony wnioskującej o zmianę i dokumentów dołączonych do tego wniosku potwierdzających m.in. rzeczywiste zastosowanie poszczególnych materiałów/poniesienie poszczególnych kosztów w ramach niniejszej umowy, a także na podstawie komunikatów Prezesa GUS, o których mowa w pkt 2 powyżej.

5. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić na podstawie pisemnego aneksu podpisanego przez obie Strony Umowy.

6. Strona, która wnioskuje o waloryzację wynagrodzenia powinna wystąpić do drugiej strony z wnioskiem zawierającym:

1) wskazanie, że ceny materiałów lub kosztów przekroczyły próg zmiany ceny określony w ust. 4 pkt 1 wraz z wyliczeniem proponowanej zmiany wynagrodzenia, w celu weryfikacji możliwości waloryzacji;

2) załączony wydruk cen objętych wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej publikowanym przez Prezesa GUS.

7. Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty podpisania Umowy.

8. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 4, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

W dniu 10 maja 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W pierwotnym wykazie osób przystępujący w zakresie doświadczenia zawodowego osób poprzestał wyłącznie na złożeniu oświadczenia, że jest to doświadczenie powyżej 5 lat.

Izba ustaliła, że polisa nr AN302DB0005 została w dniu 25 października 2023 r. podpisana przez PGSW jako ubezpieczonego podpisami odrębnymi S.G. i M.Z., przez TUW PZUW jako zakład ubezpieczeń przez S.W. (prawdopodobnie odręcznie i podpisem elektronicznym) i D.K. podpisem elektronicznym, a następnie została zeskanowana i poświadczona za zgodność podpisami elektronicznymi w dniu 10 maja 2024 r. przez J.R. i P.S.. Izba zauważyła, że dokument polisy nie zwiera wyłącznie oświadczeń składanych przez Zakład Ubezpieczeń, ale na ostatniej stronie znajdują się oświadczenia składane przez ubezpieczonego o tym, że umowa jest adekwatna do wymagań i potrzeb ustalonych w toku czynności zmierzających do zawarcia umowy, a zawarcie nastąpiło w wyniku świadomej decyzji, że ubezpieczony potwierdza, że otrzymał ogóle warunki ubezpieczenia i że otrzymał informację, że w związku z proponowaną umową osoba wykonująca czynności dystrybucyjne zakładu ubezpieczeń nie otrzymuje wynagrodzenia.

W dniu 14 maja 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego. Zamawiający nie poinformował o unieważnieniu postępowania.

W dniu 14 maja 2024 r. odwołujący wnioskował o udostępnienie mu dokumentacji postępowania, którą otrzymał w dniu 16 maja 2024 r. wraz z wyjaśnieniami zamawiającego dotyczącymi wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób oraz odpisu z KRS.

W dniu 15 maja 2024 r. odwołujący wnosił o udostępnienie protokołu postępowania oraz dalszych dokumentów.

W dniu 17 maja 2024 r. zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i wskazał, że ponowi czynność badania i oceny ofert, gdyż ustalił, że m. in. złożony przez przystępującego załącznik nr 7 wykaz osób wymaga uzupełnienia.

W dniu 21 maja 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący przedłożył:

Uzupełniony wykaz osób przystępującego:

1. R.N.kierowanie robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno-budowlanej

Uprawnienia budowlane

W specjalności:

Konstrukcyjno- budowlanej B -180/78

W zakresie.

Kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń

Doświadczenie: powyżej 5 lat (44 lata)

Wykształcenie wyższe

Podstawa dysponowania osobą zasób własny

Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

a) Przebudowa budynku wraz z przebudową instalacji wewnętrznych w Zakładzie Karnym w Nowym Wiśniczu

b) Przebudowa i nadbudowa budynku administracyjnego i produkcyjnego w celu zakwaterowania dodatkowych osadzonych w Zakładzie Karnym w Nowym Wiśniczu

2. K.L.projektowanie bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej

Uprawnienia budowlane Nr

LOD/2496/POOW15 W specjalności:

Konstrukcyjno- budowlanej

W zakresie:

Projektowanie bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej

Doświadczenie: powyżej 5 lat

Wykształcenie: wyższe

Podstawa dysponowania osobą: zasób własny

Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

a) Zespół budynków mieszkalnych wielorodzinnych z usługami

b) Projekt konstrukcji hali Magazynowej w Bobrownikach

c) Budynek mieszkalny jednorodzinny zabudowie bliźniaczej w Skierniewicach

3 K.C. projektowanie bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; kierowanie robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń

Uprawnienia budowlane

Nr MAZ/0193/POOS/10

W specjalności

Instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych W zakresie Projektowanie bez ograniczeń

Uprawnienia budowlane

Nr MAZ/0375/OWOS/12

W specjalności

Instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych

W zakresie Kierowanie robotami budowlanymi bez ograniczeń

Doświadczenie powyżej 5 lat

Wykształcenie wyższe

Podstawa dysponowania osobą: zasób własny

Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

a) Przebudowa budynku zakwaterowania osadzonych OPA przy ul. Smutnej w Areszcie Śledczym W Łodzi

b) Budowa pralni wraz z infrastrukturą techniczną na terenie Zakładu Karnego Nr I w Łodzi

c) Budowa pawilonu mieszkalnego na terenie Zakładu Karnego Nr I w Łódź

4 M.S. Projektowanie bez ograniczeń specjalności instalacyjnej zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

Uprawnienia budowlane

Nr 77/00/DUW

W Specjalności

Instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

W zakresie

Projektowanie bez ograniczeń

Doświadczenie powyżej 5 lat

Wykształcenie wyższe

Podstawa dysponowania osobą: zasób własny

Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

Budowa pralni wraz z infrastrukturą techniczną na terenie Zakładu Karnego Nr I w Łodzi

Budowa pawilonu mieszkalnego na terenie Zakładu Karnego Nr I w Łodzi

5. K.S. Kierowanie robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

Uprawnienia budowlane

Nr LUB/IE/3145/02

W specjalności

Instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

W zakresie

Kierowanie robotami budowlanymi bez ograniczeń

Doświadczenie powyżej 5 lat

Wykształcenie wyższe

Podstawa dysponowania osobą: zasób własny

Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

a) Przebudowa i rozbudowa instalacji elektrycznej oraz wykonanie okablowania strukturalnego miedzianego i światłowodowego dla potrzeb LAN wraz z dedykowaną dla sieci- LAN instalacją zasilającą w budynku A i B Prokuratury Krajowej w Warszawie przy' ul. Postępu 3 w Warszawie

b) Przebudowa budynku zakwaterowania osadzonych OPA przy ul. Smutnej w Areszcie Śledczym w Łodzi

c) Biomed Lublin

6. W.S. Projektowanie bez ograniczeń w specjalności architektonicznej

Uprawnienia budowlane

Nr 48/LOOKK/2011

W specjalności architektonicznej

W zakresie

Projektowanie bez ograniczeń

Doświadczenie powyżej 5 lat

Wykształcenie wyższe

Podstawa dysponowania osobą: zasób własny

Szczegółowy opis doświadczenia: osoba czynna zawodowo, ostatnie realizacje:

a) Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z infrastrukturą techniczną — Konstątnów Łódzki

b) Budowa pralni wraz z infrastrukturą techniczną na terenie Zakładu Karnego Nr I w Łódzki

c) Budowa budynku usługowo — handlowego w Piotrkowie Trybunalskim

Izba ustaliła, że polisa nr AN302DB0005 została w dniu 25 października 2023 r. podpisana przez PGSW jako ubezpieczonego podpisami odręcznymi S.G. i M.Z., przez TUV PZUV jako zakład ubezpieczeń przez S.W. (prawdopodobnie odręcznie i podpisem elektronicznym) i D.K. podpisem elektronicznym, a następnie została zeskanowana i poświadczona za zgodność podpisami elektronicznymi w dniu 25 maja 2024 r. przez J.R. i P.S..

W dniu 24 maja 2024 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Polska Grupa SW Przedsiębiorstwo Państwowe z siedzibą w Warszawie, ul. Kocjana 3 w charakterze uczestnika postępowania.

Izba oceniła, że odwołanie w całości nie podpada pod żadną z przesłanek wynikających z art. 528 ustawy, tym samym skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie. Ustawa nie przewiduje możliwości odrzucenia zarzutu odwołania.

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

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na wadliwe dokonanie zmian w zakresie postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia

Izba podzieliła częściowo stanowisko zamawiającego, co do tego, że zarzut nr 1 odwołania został podniesiony w sposób spóźniony z uchybieniem terminu z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, a część odnoszącą się do badania oferty przystępującego, odwołujący podniósł w terminie, bowiem skarżąc wybór tej oferty skarżył też czynności prowadzące do jej wyboru polegające na ocenie dokumentów podmiotowych. Izba nie podziela natomiast stanowiska zamawiającego, że początkiem biegu terminu na zaskarżenie zaniechania unieważnienia postępowania był 6 maja 2024 r., a więc moment zamieszczenia załącznika nr 11 w wersji aktualnej i jednocześnie moment upływu terminu na składanie ofert.

W ocenie Izby natomiast początkiem biegu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy był moment pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej to jest 14 maja 2024 r. W tej dacie bowiem odwołujący wiedział już o terminie zamieszczenia zaktualizowanego załącznika nr 11, jego treści oraz braku wydłużenia przez zamawiającego terminu składania ofert, a także poznał stanowisko zamawiającego, co do oceny tego faktu, bowiem zamawiający nie unieważnił postępowania, a przeciwnie ocenił, że postępowanie jest prowadzone prawidłowo i zgodnie z ustawą, oraz dokonał wyboru uzasadniając w treści tego dokumentu, że wybiera przystępującego, zgodnie z przepisami ustawy. Był to zatem moment, w którym odwołujący uzyskał wszystkie niezbędne mu informacje, o tym że zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania. Tym samym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 20 maja 2024 r. Badane odwołanie natomiast wpłynęło do Izby w dniu 29 maja 2024 r., zatem po upływie terminu na wniesienie odwołania na ujawnione zaniechanie. Nie zmienia tego faktu unieważnienie pierwszego wyboru z dnia 17 maja 2024 r., gdyż zamawiający szczegółowo w tym unieważnieniu wskazał powody dokonania tej czynności i żadnym z tych powodów nie był zamiar unieważnienia postępowania jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Izba nie może rozpoznać zarzutów, które zostały podniesione po upływie terminu na ich wniesienie — art. 528 pkt 3 ustawy. Prowadziłoby to, do niezgodnego z prawem przywrócenia wykonawcy terminu na ich zgłoszenie. Tak jak odwołujący nie może po upływie terminu na składanie ofert skutecznie podnosić zarzutu nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, czy braków w opisie przedmiotu zamówienia, tak też i w tym przypadku podniesienie zarzutów, co do zaniechania unieważnienia postępowania nie mogło być ocenione jako dopuszczalne. Tym samym zarzut w tym zakresie nie mógł być poddany pod merytoryczne rozstrzygnięcie. Z tego powodu nie został skierowany do rozpoznania na rozprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PGSW pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo i zgodnie z ustawą dokonał badania i oceny oferty przystępującego. Jeśli chodzi o dokument polisy ubezpieczeniowej, to słusznie dostrzegł zamawiający, że została ona sporządzona w mieszanej formie, jeśli chodzi o jej podpisanie. Świadczy o tym fakt, że w treści polisy znajdują się zarówno oświadczenia pochodzące od zakładu ubezpieczeń jak i oświadczenia pochodzące od ubezpieczonego. Tym samym obecność podpisów z obu stron umowy zakładu ubezpieczeń i wykonawcy była na tym dokumencie potrzebna i uzasadniona jego treścią. Nawet gdyby mieć wątpliwości, co do odrębnego podpisu pana Wiatra, czego w toku postępowania odwołujący nawet nie próbował udowodnić, to niewątpliwie oświadczenia składane za wykonawcę wymagały jego potwierdzenia za pomocą potwierdzenia oświadczenia woli wyrażonego przez podpis. Podpisy przedstawicieli wykonawcy są własnoręczne, a były potrzebne także Zakładowi ubezpieczeń dla ewentualnego uchylenia się od skutków niekorzystnych postanowień polisy, gdyby wykonawca chciał podnosić, że nie były z nim uzgodnione – o czym stanowił 1 punkt oświadczeń. Dokument ten, w ocenie Izby, został sporządzony w formie papierowej, gdyż nie możliwe byłoby jego podpisanie odrębnie przez p. Wiatra, p. Gajowczyka i p. Zakrzewską. Oznacza to, że zastosowanie ma par. 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 poz. 2452), z którego wynika, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone jako dokumenty w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Takiego poświadczenia dokonali Jarosław Rzepecki i Przemysław Sampolski. Tym samym forma przekazania dokumentu, do której zastrzeżenia podnosił odwołujący w sformułowanym zarzucie była zgodna z przepisami obowiązującego prawa i pozwalała zamawiającemu na pozytywne zweryfikowanie złożonego mu podmiotowego środka dowodowego.

Jeśli chodzi o badanie przez zamawiającego zdolności zawodowej przystępującego, to również w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się niezgodne z ustawą zachowania zamawiającego. To zamawiający dokonuje wyboru określonych podmiotowych środków dowodowych, jak również określa zakres informacji jaki go interesuje dla weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Słusznie wskazywał zamawiającego, że zamawiający w żadnym miejscu SWZ lub załącznika nr 7 nie określił stopnia szczegółowości opisu doświadczenia.

W rozdziale 7 zamawiający wskazał na wymóg co najmniej 5 letniego doświadczenia osób kierowanych do pełnienia określonych funkcji, jednak opisując wymagania dla wykazu osób wskazał jedynie enigmatycznie, że wykonawca przedstawi wykaz osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (co jest dosłownym powtórzeniem par. 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 poz. 2415)). Brak tu wskazania, że doświadczenie powinno być szczegółowo opisane, ani że powinno umożliwiać weryfikację spełnienia wymogu co najmniej 5 letniego doświadczenia. Podobnie zamawiający opisując w SWZ dokumenty składane na żądanie wskazał na wykaz osób (o którym mowa w rozdziale II podrozdziale 7 pkt 4, zał nr 7 do SWZ), skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (a więc ponownie powtórzył treść rozporządzenia o pśd). Tu również brak sprecyzowania jak doświadczenie powinno być opisane, żeby spełniać oczekiwania zamawiającego. Wreszcie w załączniku nr 7 wykaz osób zamawiający wskazał, że wykonawca ma podać: rodzaj uprawnień budowlanych wraz z ich numerem, zakresem i datą wydania, podstawa dysponowania oraz szczegółowy opis doświadczenia zawodowego. Dopiero w tym dokumencie zamawiający po raz pierwszy posługuje się pojęciem „szczegółowy opis doświadczenia zawodowego”. Przy czym pod tabelą określił co rozumie przez szczegółowy opis doświadczenia. Zamawiający wskazał bowiem, że „Wykonawca powinien podać szczegółowe informacje, na podstawie których zamawiający będzie mógł jednoznacznie ocenić spełnienie warunku tj. skierowania do realizacji przedmiotowego zamówienia osoby, posiadającej uprawnienia i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.” Zatem opis doświadczenia, którego domagał się zamawiający miał utwierdzić zamawiającego, że kierowana osoba ma doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, a nie, jak chciałby tego odwołujący, wykazać, że opis doświadczenia uzasadnia oświadczenie o posiadaniu 5 letniego doświadczenia. Zamawiający nie wskazał takiego obowiązku z SWZ, ani w załączniku nr 7, nie wskazał też, że wykonawcy mają podawać przedział czasowy nabywanego doświadczenia. Skoro SWZ i dokumenty opracowane przez

zamawiającego nie nakładały na wykonawców takiego obowiązku, to zamawiający nie miał możliwości jego egzekwowania na etapie badania ofert. Prawdłowo natomiast przystępujący dokonał uzupełnienia wykazu osób o opis doświadczenia, bowiem dopiero uzupełniony wykaz pozwalał mu na weryfikację czy posiadane doświadczenie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Izba ustaliła również, że dla poz. 3 wskazano 3 ostatnie realizacje, stąd uznała, że zamawiający prawidłowo ustalił, że wszystkie osoby wskazane przez przystępującego posiadają doświadczenie odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się zaniechań zamawiającego związanych z badaniem oferty przystępującego, które podnosił w zarzucie odwołujący. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania PGSW do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej z rozdz. 7 pkt 3) lit. b) SWZ (str. 17) oraz w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z rozdz. 7 pkt 4) lit. b) SWZ (str. 18), pomimo, że dokumenty podmiotowe złożone przez tego wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego ustaliła i zważyła, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego. Po uzupełnieniu tych dokumentów na wezwanie z dnia 21 maja 2024 r. dokumenty odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w SWZ zarówno co do formy jak i treści, tym samym, w ocenie Izby nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania PGSW do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych

Izba w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego ustaliła i zważyła, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego. Po uzupełnieniu tych dokumentów na wezwanie z dnia 21 maja 2024 r. dokumenty odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w SWZ zarówno co do formy jak i treści, tym samym, w ocenie Izby nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do wyjaśnienia ich treści w trybie art. 128 ust. 4 ustawy. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór oferty PGSW pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest zarzutem wynikowym zależnym od potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów poprzedzających. Żaden z zarzutów postawionych powyżej w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie. W konsekwencji również ten zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest zarzutem wynikowym zależnym od potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów poprzedzających. Żaden z zarzutów postawionych powyżej w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie. W konsekwencji również ten zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego.

Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie kosztów na jego rzecz na podstawie norm przepisanych. Ustawodawca w postępowaniu odwoławczym ustanowił zasadę zwrotu kosztów postępowania na podstawie rachunku lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy – par. 5 ust. 2 cyt. rozporządzenia kosztowego, tym samym Izba nie ma możliwości zasądzenia na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów, bez powyższych dokumentów, a te do zamknięcia rozprawy nie zostały złożone do akt sprawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....