

WYROK

Warszawa, dnia 7 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2025 r. przez wykonawcę BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane S.l. z siedzibą w Kołobrzegu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania i nakazuje zamawiającemu – „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółce Akcyjnej z siedzibą w Kołobrzegu:
 - 1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane S.l. z siedzibą w Kołobrzegu,
 - 1.2. Wezwanie wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane S.l. z siedzibą w Kołobrzegu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci polisy OC potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ.
 - 1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zamawiającego – „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu i:
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika i kwotę 1 315 zł 60 gr (tysiąc trzysta piętnaście złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę.
 - 3.2. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1 313 zł 30 gr (tysiąc trzysta trzynaście złotych trzydzieści groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 936/25

Uzasadnienie

„Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*przebudowę z rozbudową i nadbudową zespołu budynków Słoneczko z przeznaczeniem na sanatorium dla dorosłych i infrastrukturą leczniczą*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2024 r., pod numerem 2024/S 220-689372.

W dniu 13 marca 2025 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą BUDIMEX”, wniósł odwołanie od

następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu:

1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane S.l. z siedzibą w Kołobrzegu (zwanego dalej „wykonawcą S.l.”) pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako oferta złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i podlegającego wykluczeniu z postępowaniu oraz jako oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

2) nieprawidłowego badania i oceny oferty wykonawcy S.l. ujawniających się w zaniechaniu odrzucenia jego oferty pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowaniu, a jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, alternatywnie zaniechania wezwania wykonawcy S.l. do uzupełnienia lub złożenia dokumentów podmiotowych, w tym Wykazu robót budowlanych (Załącznik nr 11 do SWZ) i referencji oraz polisy OC potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu pomimo, że ze złożonych dokumentów wynika, że wykonawca S.l. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie szczegółowo opisanym w ramach uzasadnienia odwołania,

3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.l., a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 lit. a SWZ sytuacja ekonomiczna lub finansowa i warunku określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ zdolność techniczna lub zawodowa oraz nie złożył na wezwanie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie tych warunków udziału w postępowaniu, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.l., a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta wykonawcy S.l. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy, albowiem wykonawca S.l. przedstawił informacje nieprawdziwe i jednocześnie wprowadzające w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w celu pozyskania zamówienia (zarzut nr 2),

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.l., a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ przedstawił w wyniku zamierzonego działania informacje wprowadzające w błąd do co spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zataił istotne informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mające istotny wpływ na wynik postępowania (zarzut nr 3),

4) art. 128 ust. 1 w zw. art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy S.l. do złożenia lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci Wykazu robót budowlanych (Załącznik nr 11 do SWZ) i referencji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz polisy OC obowiązującej od dnia składania ofert, tj. od dnia 17 stycznia 2025 r., ponieważ żaden ze złożonych w postępowaniu dokumentów nie potwierdza w rzeczywistości spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę (zarzut nr 4, ewentualny wobec zarzutów nr 1 – 3).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy S.l. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

2) odrzucenia oferty wykonawcy S.l. na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu,

4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu,

5) alternatywnie w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów nr 1 – 3 odwołania za niezasadne lub przedwczesne – unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy S.l. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania wykonawcy S.l. do złożenia lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (rozdział VIII ust. 2 pkt 3 lit. a SWZ i rozdział VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ).

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1 i nr 4 wykonawca BUDIMEX podał, że Zamawiający dokonał błędnej oceny złożonych przez wykonawcę S.l. dokumentów podmiotowych, ponieważ zdaniem Odwołującego ze

złożonych dokumentów nie wynika, że wykonawca ten spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ (sytuacja ekonomiczna lub finansowa) i rozdziale VIII pkt 2.4 lit. a SWZ (zdolność techniczna lub zawodowa). Odwołujący wskazał, że wykonawca S.I. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.4 lit. a SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej złożył Wykaz, w którym wskazał zrealizowane 4 zadania (jedno z zadań zostało wskazane w wykazie dwukrotnie), oraz 4 referencje. Zamawiający tworząc warunek udziału w postępowaniu podzielił go na odrębne tirety określając jakie parametry mają spełniać poszczególne zadania zrealizowane przez wykonawców i wskazywane jako zadania referencyjne. Według opinii Odwołującego z treści przedmiotowego warunku wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający oczekiwał wykazania się krotnością doświadczenia, zadaniami mającymi być źródłem krotności kompetencji (użycie sformułowania „co najmniej”), więc Zamawiający nie dopuścił, aby wykonawca mógł posłużyć się kilkukrotnie jednym zadaniem dla wykazania się spełnieniem jednocześnie kilku zadań z tego warunku udziału w postępowaniu, tj. w szczególności tym samym zakresem zadania, gdzie te same prace wykonywane były w tym samym czasie, w ramach tego samego terenu budowy. Nawet jeżeli dane zadanie spełnia jednocześnie parametry / wymagania z tiretu 1 i 2 nie oznacza to, że wykonawca może jedno zadanie zakwalifikować podwójnie / kilkukrotnie. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do absurdalnych wniosków, w których dopuszczalne byłoby, aby wykonawca mógł jedno zadanie wskazać, w celu wykazania się realizacją co najmniej dwoma zadaniami, np. dla tiretu 1. Byłoby to niezgodne z celem opisanego warunku – wymagane były co najmniej 4 zadania – każde zadanie generujące „krotność” doświadczenia. Zdaniem Odwołującego wykonawca powinien zatem wykazać się realizacją łącznie co najmniej 4 odrębnych zadań, z których każde ma spełniać wskazane przez Zamawiającego parametry przewidziane dla tego zadania. Za taką interpretacją warunku ma przemawiać także wykładania literalna i gramatyczna. Warunek z rozdziału VIII pkt 2.4 lit. a SWZ był określony w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych wykonawców, co według Odwołującego potwierdzać ma fakt, że z brzmienia wymagań zdefiniowanych przez Zamawiającego w treści SWZ dotyczących warunku doświadczenia zdawał sobie sprawę także wykonawca S.I., skoro w swoim Wykazie wskazał 4 odrębne zadania, w tym opisał prace tak, aby można było zadania oddzielnie przyporządkować do konkretnego tiretu.

Odwołujący wskazał, że zweryfikował treść informacji przedstawionych w Wykazie oraz w referencjach dla zadania „*Termomodernizacja oraz docieplenie na budynkach szpitala Słoneczko przy ul. Rafińskiego 7 w Kołobrzegu*” z ogólnodostępną dokumentacją tego zamówienia, które de facto jest zamówieniem pn. „*Remont elewacji pawilonów II, III i łącznika D.S.U. Słoneczko – postępowanie powtórzone*” ogłoszonym przez Zamawiającego w dniu 30 maja 2019 r. Jak wynika z przedmiotowej dokumentacji zadanie to zostało w rzeczywistości zakwalifikowane przez samego Zamawiającego oraz przez projektanta jako „remont”, a nie jako „przebudowa” budynku użyteczności publicznej. Z dokumentacji projektowej dla tego zadania wynika m. in., że:

- „*Zakres robót budowlanych zawartych w projekcie dotyczy remontu ściany zewnętrznych wraz z niezbędnymi robotami towarzyszącymi budynku użyteczności publicznej w Kołobrzegu ul. Rafińskiego 7*” (projekt budowlany pkt 4.3.1),
- „*W ramach realizacji przedmiotowej inwestycji obiekt przeznaczony jest do wykonania remontu wraz z historycznym odtworzeniem elewacji budynku wraz z robotami towarzyszącymi*” (projekt budowlany pkt 1.3.),
- „*33. wykonać remont kominów (...) 34. wykonać remont poszycia dachu (...)*” (projekt budowlany pkt 4.1 pkt 12-14 – skrzydło zachodnie i pkt 33-34 – skrzydło wschodnie / analogicznie w projekcie wykonawczym pkt 2 ppkt 33 i 34).

Wbrew temu, co wskazuje wykonawca S.I. w treści Wykazu, „termomodernizacja” nie jest kwalifikowana ogólnie (i zawsze) jako „przebudowa” w rozumieniu definicji ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, może być także zakwalifikowana jako „remont” w rozumieniu definicji ustawowej. Odpowiednia kwalifikacja „termomodernizacji” czy „termoizolacji” zależy od konkretnego przypadku, a nie od oświadczenia (uznania) wykonawcy, które nie ma zupełnie przełożenia w dokumentacji technicznej dla tego zadania. Natomiast z dokumentacji dla zadania referencyjnego wynika wprost, że akurat w tym przypadku zadanie zostało zakwalifikowane jako „remont” zarówno w dokumentach przygotowanych przez projektanta, jak i samego Zamawiającego. Wykonawca S.I. w pkt 4 Wykazu posłużył się sformułowaniami takimi jak „renowacja kominów” i „wykonanie docieplenia dachu”, unikając przy tym sformułowań użytych wielokrotnie wprost w projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym „remont kominów” i „remont poszycia dachu”. Według Odwołującego jest to działanie w pełni świadome i potwierdzające, że wykonawca ten zdawał sobie sprawę z faktu, jak należy interpretować warunek i faktu, że zadanie z pkt 4 Wykazu zostało zakwalifikowane jako „remont”, a tym samym, że nie spełnia on wymagań dla tego warunku opisanych przez Zamawiającego. Zatem zadanie z pkt 4 Wykazu „Termomodernizacja oraz docieplenie na budynkach szpitala Słoneczko przy ul. Rafińskiego 7 w Kołobrzegu” nie może zostać uznane za zadanie referencyjne wykonawcy S.I. potwierdzające spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego działanie, w którym Zamawiający na obecnym etapie

dopuszcza spełnienie warunku udziału przez wykonawcę S.I. poprzez wykazanie się zadaniem polegającym na wykonaniu „remontu”, a nie jak brzmi warunek na „przebudowie budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego”, prowadzi do wniosku, że Zamawiający dokonał niedopuszczalnego rozszerzenia treści warunku, a właściwie zmiany treści warunku udziału w postępowaniu, gdzie podkreślenia wymaga, że sam Zamawiający w treści SWZ powołał się na definicje z ustawy Prawo budowlane i wyraźnie odróżnił „przebudowę” od „remontu”.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca S.I. na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lutego 2025 r. w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ złożył polisę OC, z której wynika, że umowa ubezpieczenia została zawarta w dniu 29 stycznia 2025 r., okres ubezpieczenia wyznaczono od dnia 30 stycznia 2025 r. do dnia 29 stycznia 2026 r., a termin płatności pierwszej raty składki ubezpieczeniowej został wyznaczony na dzień 13 lutego 2025 r. Zgodnie natomiast z art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Z treści dokumentu polisy OC nie wynika natomiast, że odpowiedzialność ubezpieczyciela obejmuje także okres przed zawarciem umowy z ubezpieczycielem, tj. okres od dnia składania ofert, tj. od dnia 17 stycznia 2025 r. do dnia 29 stycznia 2025 r. włącznie (względnie do zapłaty pierwszej składki, tj. do dnia 13 lutego 2025 r.). Odwołujący podkreślił, że nawet jeżeli składka została opłacona to nie zmienia to faktu, że przed tym terminem wykonawca nie był objęty ochroną ubezpieczeniową wynikającą z przedłożonej polisy OC. Tym samym polisa OC nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu od dnia składania ofert. Według Odwołującego czymś oczywistym jest, że warunki udziału w postępowaniu miały być spełnione przez wykonawców na dzień składania ofert, czyli 17 stycznia 2025 r., kiedy zostały złożone oświadczenia o spełnieniu warunków udziału, a stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi trwać nieprzerwanie przez cały okres trwania postępowania. Odwołujący powołał się przy tym na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3221/21 i z dnia 17 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 950/23. W tych okolicznościach wykonawca S.I. nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i po tym terminie, skoro na podstawie treści polisy OC nie da się wyprowadzić wniosku, że obowiązywała ona już od dnia 17 stycznia 2025 r. Zamawiający miał zatem informację o objęciu tego wykonawcy ochroną ubezpieczeniową najwcześniej od dnia 30 stycznia 2025 r. (względnie dopiero po zapłaceniu pierwszej składki w dniu 13 lutego 2025 r.), ale nie na dzień składania ofert, tj. na dzień 17 stycznia 2025 r. Późniejsze zawarcie polisy OC przez wykonawcę, już po terminie składania ofert, nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, co uniemożliwia wykonawcy złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i w konsekwencji wzięcie w nim udziału. Odwołujący podkreślił, że kierując się celem, jakemu służy instytucja podmiotowych środków dowodowych, wykonawca przedstawia na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia, ale dokumenty te mają potwierdzać prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie, tj. spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym nie można uznać za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu polisę OC, której termin zawarcia / obowiązywania i opłaty pierwszej raty / składki upływa po terminie otwarcia ofert. Tym bardziej Zamawiający nie mógł samodzielnie stwierdzić faktu posiadania przez wykonawcę S.I. polisy ubezpieczeniowej obowiązującej przed dniem 30 stycznia 2025 r. na podstawie treści przedłożonej przez tego wykonawcę polisy OC. Zamawiający nie posiada zatem żadnego dokumentu, na podstawie którego mógłby uznać, że wykonawca S.I. spełnia warunek udziału w postępowaniu i że spełniał go nieprzerwanie od dnia składania ofert. Faktu tego nie potwierdzają też dokumenty złożone na wezwanie z dnia 24 lutego 2025 r., a wręcz przeciwnie poddają one pod wątpliwość obowiązywanie złożonej przez wykonawcę polisy OC. W ocenie Odwołującego dokonanie oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy i uznanie, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu od dnia złożenia ofert jest nieuprawnione i niewątpliwie stanowi istotny błąd w Zamawiającego w tym postępowaniu, co skutkowało dokonaniem wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Poza tym Zamawiający wbrew zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odstąpił od zasad obowiązujących w postępowaniu i naczelných zasad ustawy PZP w stosunku do wykonawcy S.I. i uznał, że nie musi on wykazywać spełnienia warunków udziału w postępowaniu od dnia składania ofert tak jak wykonawca BUDIMEX.

Ponadto zdaniem Odwołującego w stanie faktycznym tej sprawy i w przypadku wykonawcy S.I. nie powinien znaleźć zastosowania ponownie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, tj. ponowne wezwanie wykonawcy S.I. do uzupełnienia lub złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. polisy OC, Wykazu i referencji. W zakresie polisy OC brak jest podstaw do ponownego zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP w tym przypadku z uwagi na fakt, że wykonawca ten był już wzywany w zakresie dotyczącym polisy OC przez Zamawiającego na tej podstawie. Złożył on dokumenty, które nie potwierdzają opłaty składki w terminie i obowiązywania polisy OC, co z kolei winno wzbudzić poważne wątpliwości Zamawiającego co do obowiązywania złożonej polisy OC: 1) potwierdzenie transakcji, z której wynika, że została ona

wykonana dopiero w dniu 14 lutego 2025 r., czyli po terminie płatności pierwszej raty wyznaczonej na dzień 13 lutego 2025 r. oraz 2) oświadczenie z dnia 26 lutego 2025 r. o opłaceniu składki podpisane przez Panią.T. z firmy „Sfera”, a nie przedstawiciela ubezpieczyciela WARTA S.A. lub Agenta „UNILINK” S.A., którzy zostali wpisani w polisę OC. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zupełnie bezkrytycznie zaakceptował te dokumenty, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający nie dość, że otrzymał potwierdzenie zapłaty raty składki po terminie wyznaczonym przez ubezpieczyciela, to jeszcze otrzymał wątpliwe oświadczenie osoby niepowiązanej z ubezpieczycielem i agentem ubezpieczeniowym w zakresie polisy OC. Skoro składka nie została uiszczona w terminie, a ubezpieczyciel nie podpisał się pod oświadczeniem o ważności polisy OC, to takich dokumentów w żaden sposób nie można uznać za wiarygodne i potwierdzające objęcie ochroną ubezpieczeniową wykonawcy S.I.. Nie można było zatem uznać tego wykonawcy za faktycznie objętego ochroną ubezpieczeniową i bez żadnych wątpliwości podjąć decyzję o spełnieniu przez niego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący uważa więc, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy S.I. była nieuzasadniona i nieprawidłowa w świetle przepisów ustawy PZP.

Zważywszy na sposób składania dokumentów przez wykonawcę S.I. w całym postępowaniu, w tym m. in. niedbałość, niestaranność, brak profesjonalizmu, błędy w dokumentach, oraz fakt wystosowania już wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP przez Zamawiającego do uzupełnienia / złożenia wielu niezłożonych lub nieprawidłowo złożonych podmiotowych środków dowodowych (wezwanie z dnia 24 lutego 2025 r.), w ocenie Odwołującego wykonawca ten nie powinien skorzystać po raz kolejny z możliwości, którą daje art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Tego rodzaju działania i zaniechania wykonawcy S.I. nie powinny spotykać się z aprobatą i tzw. „dawaniem kolejnej szansy” wykonawcy na poprawienie dokumentów w postępowaniu. W ocenie Odwołującego wykonawca S.I. nie dochował należytej staranności w przedkładaniu dokumentów w postępowaniu licząc, że Zamawiający będzie nawet kilkakrotnie wzywał go do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia kolejnych dokumentów, jeżeli znowu „popelni błąd”, a w przypadku, gdy nieprawidłowe działania zostaną zakwestionowane, Zamawiający będzie przedstawiał konkretne instrukcje w jakiej formie, w jaki sposób i o jakiej treści dokument należy złożyć. Wzywanie tego wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP po raz kolejny do przedstawienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ musiałoby znowu dotyczyć złożenia dokumentów dla wykazania się spełnieniem tego samego warunku, tj. posiadaniem obowiązującej polisy OC, czego nie potwierdziły już dokumenty złożone na wezwanie z dnia 24 lutego 2025 r. Odwołujący uważa, że odrzucenie oferty wykonawcy S.I. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b lub c ustawy PZP w tym stanie faktycznym jest uzasadnione i w pełni możliwe z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Zamawiający zastosował już wobec wykonawcy procedurę uzupełniającą uregulowaną w art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania wykonawca BUDIMEX wskazał, że ze względu na opisany w złożonym odwołaniu sposób działania wykonawcy S.I. dotyczący wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jego zdaniem oferta tego wykonawcy powinna także zostać uznana za ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Odwołujący uważa, że wykonawca S.I. opisując doświadczenie nabyte w ramach zadania ujętego w pkt 4 Wykazu posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Przekazał on w dokumentach składanych w postępowaniu nieprawdziwe informacje odnoszące się do zakresu i kwalifikacji zadania określonego w pkt 4 Wykazu dla zamówienia „Remont elewacji pawilonów II, III i łącznika D.S.U. Słoneczko – postępowanie powtórzone” oraz przedstawił informacje, z których nie wynika, aby polisa OC złożona w postępowaniu była polisą obowiązującą i ważną, na podstawie której byłby on objęty skutecznie ochroną ubezpieczeniową. Odwołujący podniósł, że wykonawca S.I. przekazał te informacje w celu uzyskania zamówienia, jako podmiotowe środki dowodowe, tj. polisę OC oraz Wykaz i referencje mające potwierdzać należyte wykonanie zadania w pełnym zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu. Przedłożenie tych nieprawdziwych informacji miało więc wpływ na wynik postępowania i na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta wykonawcy S.I. została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu i tym samym pozostali wykonawcy zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia w wyniku działania wybranego wykonawcy. Choć Zamawiający w tym postępowaniu zastosował podstawę wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP to nie oznacza to, iż jest to jedyna możliwa podstawa do zastosowania w przypadku przedstawiania przez wykonawcę S.I. informacji nieprawdziwych, informacji wprowadzających w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedstawienie nieprawdziwych informacji, które niewątpliwie miały wpływ na decyzję Zamawiającego, tj. stały się podstawą dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, nie powinno być konwalidowane w postaci umożliwienia wykonawcy „naprawienia swojego błędu” i przedstawienia nowych dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ takie działanie stanowiłoby także naruszenie naczelnej zasady prawa zamówień publicznych z art. 16 ustawy PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podsumował, że w tej sprawie w celu uzyskania zamówienia w sposób niewątpliwy doszło do przedstawienia informacji nieprawdziwych, w zakresie pkt 4 Wykazu oraz obowiązywania polisy OC, tj. informacji zawartych w dokumentach składanych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a koniecznych aby dany warunek można było uznać za spełniony. W związku z tym wykonawca S.I. powinien zostać wyeliminowany z postępowania, a jego oferta odrzucona przez Zamawiającego bez możliwości uzupełnienia Wykazu i referencji oraz polisy OC.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści rozdziału IX SWZ przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania określoną w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, która według Odwołującego powinna znaleźć zastosowanie w stosunku do wykonawcy S.I.. Ze względu na opisany sposób działania wykonawcy S.I. dotyczący przedstawienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oferta tego wykonawcy powinna także podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP jako złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania. W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca S.I. niewątpliwie wiedząc jaka była faktycznie kwalifikacja i zakres realizacji zadania opisanego w pkt 4 Wykazu, świadomie i w wyniku zamierzonego działania przedstawiał informacje wprowadzające w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, unikając posługiwania się właściwą nazwą dla zamówienia i wskazując, że „termomodernizacja” jest „przebudową”, mimo, że w dokumentacji projektowej dla wskazanego zadania referencyjnego wynika wprost kwalifikacja „remont” dla tej inwestycji. Oświadczenie wykonawcy S.I. z pkt 4 Wykazu co do zasady potwierdza więc spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ale za pomocą informacji, które w rzeczywistości wprowadzają w błąd. Ewentualnie według Odwołującego można uznać, że wykonawca S.I. zataił informacje dotyczące prawidłowej kwalifikacji i zakresu zrealizowanego zadania wskazanego w pkt 4 Wykazu w zakresie, który miał istotny wpływ na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Działanie to było zatem nastawione na wywołanie określonych skutków – podjęcie decyzji przez Zamawiającego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu i uzyskanie zamówienia pomimo, że zadanie z pkt 4 Wykazu w rzeczywistości nie spełniało wymagań opisanych przez Zamawiającego w warunku. Jednocześnie wykonawca S.I. nie był w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. warunku określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 lit. a SWZ, a złożone przez niego dokumenty nie potwierdziły skutecznego objęcia ochroną ubezpieczeniową tego wykonawcy zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, ani od dnia 17 stycznia 2025 r., ani nawet od dnia 30 stycznia 2025 r.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż nie została spełniona żadna wynikająca z regulacji art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiła merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę S.I., ponieważ zostało ono złożone w ustawowym terminie, nie zawierało wad formalnych, natomiast wykonawca ten wykazał swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 marca 2025 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w jego przystąpieniu z dnia 17 marca 2025 r. i stanowisko Odwołującego ujęte w jego dalszym piśmie procesowym z dnia 31 marca 2025 r., będącym repliką na pisma Zamawiającego i uczestnika.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z „Ubezpieczenia ryzyk budowy – montażu polisy nr 913600100381” (okres ubezpieczenia od dnia 17 stycznia 2025 r., godz. 0:00, do dnia 16 marca 2025 r., godz. 23:59) złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu. Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania polegającego na przebudowie z rozbudową i nadbudową zespołu budynków Słoneczko z przeznaczeniem na sanatorium dla dorosłych i infrastrukturą leczniczą położonego w Kołobrzegu przy ul. Rafińskiego, uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie oraz sporządzenie kompletnej dokumentacji powykonawczej, a ponadto udzielenie gwarancji przez wykonawcę oraz przeniesienie praw z rękojmi oraz gwarancji udzielonych przez producentów wbudowanych i zamontowanych urządzeń wyposażenia, maszyn i instalacji, przeszkolenie personelu Zamawiającego w zakresie użytkowania urządzeń, wyposażenia i instalacji.

W rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ Zamawiający opisał następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – wykonawca musi wykazać posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000 zł 00 gr. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnienie tego warunku wykonawcy wykazują łącznie.

W rozdziale VIII pkt 2.4 lit. a SWZ Zamawiający opisał następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

- w ciągu ostatnich siedmiu lat zrealizował (zakończył protokołem odbioru końcowego) minimum 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego, zgodnego z poniższą definicją o wartości nie mniejszej niż 20 000 000 zł 00 gr brutto każde,

- w ciągu ostatnich siedmiu lat zrealizował minimum 1 zadanie (zakończył protokołem odbioru końcowego) polegające na przebudowie obiektu użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego, zgodnego z poniższą definicją, które były objęte ochroną konserwatorską,

- w ciągu ostatnich siedmiu lat zrealizował minimum 1 zadanie w ramach którego wykonane zostały prace wyburzeniowe o wartości min 400 000 zł 00 gr brutto.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że przez:

- budynek zamieszkania zbiorowego – należy przez to rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki,

- budynek użyteczności publicznej – należy przez to rozumieć budynek zgodnie z definicją w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, tj.: *„budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny”.*

W rozdziale X SWZ Zamawiający wymagał złożenia m. in. następujących dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn

niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty (Załącznik nr 11 do SWZ),

– dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Oferty w postępowaniu złożyło 2 wykonawców:

- 1) wykonawca S.I. na kwotę 38 880 872 zł 60 gr brutto,
- 2) wykonawca BUDIMEX na kwotę 43 868 211 zł 12 gr brutto.

Wykonawca S.I. do swojej oferty załączył formularz JEDZ z dnia 17 stycznia 2025 r., w którym w części IV Kryteria kwalifikacji oświadczył, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji (str. 14).

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lutego 2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca S.I. celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ (sytuacja ekonomiczna lub finansowa) złożył dokument podmiotowy w postaci „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej polisa nr 9.” wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., którego przedmiotem jest określona w umowie ubezpieczenia odpowiedzialność cywilna deliktowa lub kontraktowa za szkody wyrządzone osobie trzeciej, którą w myśl przepisów prawa ubezpieczony ponosi w związku z prowadzeniem działalności lub posiadaniem rzeczy, za produkt i za wykonaną usługę. Polisa OC obejmuje okres od dnia 30 stycznia 2025 r., godz. 0:00 do dnia 29 stycznia 2026 r., godz. 23:59. Suma gwarancyjna wynosi 10 000 000 zł 00 gr na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe.

Natomiast na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.4 lit. a SWZ (zdolność techniczna lub zawodowa) wykonawca S.I. złożył:

1) Wykaz robót budowlanych, w którym wskazał następujące zadania:

- a) Budowa budynków B (hala basenowa) i C (budynek zamieszkania zbiorowego) przy ul. Aniołów Stróżów w Kołobrzegu kompleksu Hotelu Factory Resort, realizowane na rzecz Inter-Vis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i KREON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, w okresie od dnia 1 września 2021 r. do dnia 19 czerwca 2023 r., o wartości robót budowlanych 28 715 151 zł 42 gr brutto,
- b) Przebudowa budynku zamieszkania zbiorowego – Factory Resort (części A), realizowane na rzecz Inter-Vis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i KREON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, w okresie od dnia 13 lutego 2020 r. do dnia 29 lipca 2022 r., o wartości robót budowlanych 23 975 985 zł 28 gr brutto,
- c) Budynek objęty ochroną konserwatorską – Przebudowa budynku zamieszkania zbiorowego – Factory Resort (części A), realizowane na rzecz Inter-Vis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i KREON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, w okresie od dnia 13 lutego 2020 r. do dnia 29 lipca 2022 r., o wartości robót budowlanych 23 975 985 zł 28 gr brutto,
- d) Budynek objęty ochroną konserwatorską – Termomodernizacja oraz docieplenie na budynkach Szpitala „Słoneczko”, realizowane na rzecz „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, w okresie od dnia 2 września 2019 r. do dnia 17 grudnia 2019 r., o wartości robót budowlanych 1 799 473 zł 81 gr brutto,
- e) Rozbudowa budynku użyteczności publicznej w Dygowie, realizowane na rzecz Gminy Dygowo, w okresie od dnia 28 czerwca 2021 r. do dnia 13 grudnia 2022 r., o wartości robót budowlanych 10 165 372 zł 12 gr brutto, w tym wartość robót wyburzeniowych wynosiła 804 124 zł 95 gr brutto,

2) referencję z dnia 20 grudnia 2019 r. wystawioną przez zamawiającego „Uzdrowisko Kołobrzeg” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu,

3) referencję z dnia 16 stycznia 2023 r. wystawioną przez Gminę Dygowo,

4) referencję z dnia 31 sierpnia 2023 r. wystawioną przez Inter-Vis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i KREON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi,

5) referencję z dnia 6 grudnia 2024 r. wystawioną przez Inter-Vis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i KREON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi.

W dniu 24 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę S.I. do potwierdzenia płatności pierwszej raty polisy nr 9..

W dniu 27 lutego 2025 r. wykonawca S.I. udzielił odpowiedzi Zamawiającemu i do swojego pisma przewodniego załączył potwierdzenie płatności pierwszej raty polisy nr 913600101677 oraz pisemne potwierdzenie agenta ubezpieczeniowego Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta S.A. o opłaceniu składki ubezpieczeniowej oraz ważności polisy.

Ostatecznie Zamawiający w dniu 3 marca 2025 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach. Za najkorzystniejszą w postępowaniu została uznana oferta wykonawcy S.I., której Zamawiający przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu (93,18 pkt).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 1 kwietnia 2025 r. oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że częściowo – w zakresie zarzutu ewentualnego odwołania – zasługuje ono na uwzględnienie.

Wykonawca BUDIMEX zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 16 ustawy PZP – statuujący podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w myśl którego Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny,
- art. 17 ust. 2 ustawy PZP – który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP – który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,
- art. 128 ust. 1 ustawy PZP – zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP – zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP – zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP – zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP – według którego Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,
- art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Odwołanie wykonawcy BUDIMEX okazało się być częściowo uzasadnione, tj. tylko w odniesieniu do zarzucanego w zarzucie nr 4 odwołania zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy S.I. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci z polisy OC obowiązującej od dnia składania ofert (od dnia 17 stycznia 2025 r.) celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Na podstawie dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej Izba stwierdza, że wykonawca S.I. w części IV formularza JEDZ dołączonego do oferty w dniu 17 stycznia 2025 r. oświadczył, że w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji. W świetle obowiązujących przepisów dokument JEDZ stanowi m. in. podstawowy dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i tymczasowo

zastępuje on wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Skoro w dniu 17 stycznia 2025 r. wykonawca S.I. złożył oświadczenie o spełnianiu wszystkich wymaganych kryteriów kwalifikacji, to oznacza, że już od tego dnia spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący jego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W związku z tym powinien legitymować się posiadaniem polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej zapewnienie mu ochrony ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej obejmującej okres już od dnia 17 stycznia 2025 r. Z racji tego, że przedłożona przez wykonawcę S.I. polisa OC wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. nie obejmuje pełnego okresu od dnia złożenia oferty, tj. okresu od dnia 17 stycznia 2025 r. do dnia 29 stycznia 2025 r., to należy wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia złożonych dokumentów podmiotowych o polisę OC potwierdzającą, że wykonawca ten był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej również w okresie pomiędzy złożeniem oświadczenia JEDZ a rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej na podstawie polisy nr 913600101677.

W ocenie Izby odrzucenie oferty wykonawcy S.I. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP byłoby na tym etapie postępowania przedwczesne. Natomiast skierowane do tego wykonawcy wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 24 lutego 2025 r. dotyczyło całkowicie innego aspektu złożonej polisy OC (kwestia opłacenia pierwszej składki), w związku z tym nie ma przeszkód formalnych do tego, aby Zamawiający zwrócił się do wykonawcy S.I. z jeszcze jednym wezwaniem. Dlatego też Izba w punkcie 1.2 wyroku nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy S.I. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Nie znalazły natomiast potwierdzenia w dokumentacji sprawy odwoławczej twierdzenia wykonawcy BUDIMEX, ujęte w zarzucie nr 1 i 4 odwołania, które dotyczyły niespełniania przez wykonawcę S.I. drugiego z warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.4 lit. a SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Po pierwsze z zapisów postanowień SWZ nie wynika, aby wykonawca wykazując swoje doświadczenie zawodowe na potrzeby spełniania przedmiotowego warunku udziału nie mógł posłużyć się tym samym doświadczeniem zdobytym podczas realizacji tego samego zadania na wykazanie spełnienia różnego rodzaju doświadczeń wymaganych przez Zamawiającego. Taki zakaz nie wynika wprost ze sposobu sformułowania wymagań określonych w rozdziale VIII pkt 2.4 lit. a SWZ.

Po drugie Odwołujący, pomimo spoczywającego na nim na mocy art. 534 ust. 1 ustawy PZP ciężarze dowiedzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie udowodnił, że zadanie referencyjne o nazwie „*Termomodernizacja oraz docieplenie na budynkach szpitala Słoneczko przy ul. Rafińskiego 7 w Kołobrzegu*” realizowane dla tego samego Zamawiającego obejmowało tylko czynności polegające na remoncie, a nie na przebudowie budynków o funkcji użyteczności publicznej. Odwołujący na potwierdzenie swoich tez nie dał żadnych dowodów, ciężko bowiem za miarodajne dla oceny zasadności zarzutu nr 1 odwołania dowody uznać dobrane tendencyjnie fragmenty dokumentacji przetargowej z innego postępowania wklejone do treści odwołania jako „wycinki”. Okoliczność, czy przedmiotowe zadanie polegało tylko na remoncie budynków szpitala Słoneczko, czy również na przebudowie była sporna między Odwołującym a Zamawiającym i wykonawcą S.I.. Skoro uczestnik postępowania podniósł, że w ramach tego zadania doszło do przebudowy budynków szpitalnych polegającej na zmianie parametrów użytkowych obiektów budowlanych w zakresie zmniejszenia zapotrzebowania na ciepło poprzez izolację termiczną połaci dachowych, stropów i ścian, to tym bardziej ciężar udowodnienia w tym zakresie faktów dotyczących wykonywania wyłącznie prac remontowych na obiektach szpitala Słoneczko spoczywał na Odwołującym.

Mając powyższe na uwadze zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu w całości. Brak było podstaw zarówno do odrzucenia oferty wykonawcy S.I. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, jak również do wzywania go do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych i referencji na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Izba uwzględniła natomiast zarzut ewentualny odwołania (zarzut nr 4) tylko w zakresie dotyczącym zaniechania wezwania wykonawcy S.I. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a SWZ.

Jednocześnie Izba oddaliła pozostałe dwa zarzuty odwołania, tj. zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy PZP. Izba ani nie stwierdziła czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie złożonej przez wykonawcę S.I., ani również nie wystąpiły w ocenie Izby okoliczności mogące przesądzać o istnieniu podstaw faktycznych do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Odwołujący nie wykazał żadnej z podnoszonych okoliczności w uzasadnieniu swojego środka ochrony prawnej, natomiast jego twierdzenia w tym zakresie zostały oparte wyłącznie na niepotwierdzonych i na

nieudowodnionych tezach o niespełnianiu przez jego konkurenta warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII pkt 2.3 lit. a i pkt 2.4 lit. a SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z jego wynikiem, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z

§ 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Ze względu na to, że Odwołujący wygrał to postępowanie odwoławcze w odniesieniu do jednego z czterech postawionych w odwołaniu zarzutów, Krajowa Izba Odwoławcza zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 313 zł 30 gr tytułem częściowego zwrotu kosztów tego postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....