

Sygn. akt: KIO 2106/21

WYROK
z dnia 8 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 8 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2021 roku przez wykonawcę PB Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Muzeum Gdańska

przy udziale wykonawcy Budkon spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2106/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnieniem czynności z dnia 9 lipca 2021 roku odrzucenia oferty wykonawcy PB Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *„Kompleksowa przebudowa i adaptacja budynku koszar napoleońskich w Twierdzy Wisłoujście w Gdańsku”* w konsekwencji za niezasadną uznaje czynności zatrzymania wadium wniesionego w postępowaniu na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych dokonane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nakazuje Zamawiającemu rozpoznanie wniosku złożonego

przez wykonawcę PB Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w dniu 14 lipca 2021 roku oraz nakazuje wyznaczenie terminu do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

2. Kosztami postępowania obciąża w Zamawiającego – Muzeum Gdańska i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PB Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego – Muzeum Gdańska na rzecz wykonawcy PB Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Muzeum Gdańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą : „Kompleksowa przebudowa i adaptacja budynku koszar napoleońskich w Twierdzy Wisłoujście w Gdańsku”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/60665 z dnia 20 maja 2021 roku.

14 lipca 2021 roku Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 9 lipca 2021 roku polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt. 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku poz. 2019 ze zmianami; dalej „ustawa”) oraz zatrzymania wniesionego wadium na podstawie art. 98 ust 6 pkt.1 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu podjęcie czynności z naruszeniem przepisów ustawy w szczególności art. 16 pkt 1 i 2, art. 128 ust 1, art. 98 ust 6 pkt. 1 oraz art. 226 ust 1 pkt. 2 lit. c, art. 274 ust 1 ustawy.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności związanych z badaniem podmiotowych środków dowodowych oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- ppowtórzenie czynności wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, żądając dostarczenia dokumentów opisanych w SIWZ,
- dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych zgodnie z treścią SIWZ oraz przepisami ustawy,
- nieważnienia decyzji o zatrzymaniu wniesionego wadium,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego środka ochrony prawne w związku z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów ustawy Zamawiający przez odrzucenie oferty Odwołującego naruszył jego, interes prawny pozbawiając możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą i zgodnie z ustalonymi

przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert powinien uzyskać zamówienie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W odpowiedzi na ogłoszenie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 4 czerwca br. złożył ofertę sporządzoną zgodnie z postanowieniami SIWZ składając jednocześnie wstępne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Oferta została zabezpieczona wadium złożonym w pieniądzu w wysokości 40 000 zł.

Zdaniem Odwołującego czynności Zamawiającego dotyczące potwierdzenia spełnienia warunku określonego w rozdz. III ust 1 pkt. 2 SIWZ są niejednoznaczne i niezrozumiałe, w wyniku czego oferta Odwołującego została bezpodstawnie odrzucona. Zamawiający przeprowadził procedurę potwierdzającą spełnienie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia bez zachowania należytej staranności w sposób mało przejrzysty.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w rozdz. III ust 1 pkt. 2 wykonawcy przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia powinni dysponować wymienionymi tam osobami w celu należytego wykonania zamówienia. Odwołujący w zakresie dotyczącym wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia spełniał postawione warunki i złożył wraz z ofertą stosowne oświadczenie.

W rozdz. IV SIWZ pt.: „Podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podleganie wykluczeniu z postępowania” w ust 8 pkt. 1 b) Zamawiający określił jakie środki dowodowe należy złożyć na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o treści:

„ust 8 pkt 1 b - wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami — wg wzoru — załącznik nr2 do SIWZ”.

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 09.06.2021 Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wyznaczając termin do złożenia wyszczególnionych środków dowodowych w terminie do 15 czerwca do godz. 1200. W treści wezwania w stosunku do wymogów potwierdzenia dysponowaniem osób zdolnych do wykonania zamówienia Zamawiający zażądał wypełnienia załącznika nr 2 do SIWZ żądając wskazania w szczególności osób do kierowania robotami budowlanymi. Treść wezwania w tym zakresie jest taka sama jak zapis zamieszczony w rozdz. IV ust 8 pkt 1 b

SIWZ.

Odwołujący, ze względu na wyznaczenie terminu odbioru zaświadczenia z Urzędu Skarbowego po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie podmiotowych środków dowodowych, wystąpił poprzez platformę zakupową do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu do złożenia wymaganych dokumentów, wskazując termin do wykonania wezwania Zamawiającego na 18.06.2021 r. do godz.12: 00. Wniosek został złożony w dniu 14.06.2021 r. czyli przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający nie odpowiedział Odwołującemu na złożony wniosek, lecz pismem z dnia 16.06.2021 r. wszczął procedurę wynikającą z przepisu art. 128 ust 1 ustawy uznając, że Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie żadnych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w prowadzonym postępowaniu. Na złożenie wymaganych dokumentów Zamawiający wyznaczył termin do 21.06.2021 r. do godz. 1100. Treść wezwania określająca zakres i formę złożenia podmiotowych środków dowodowych była taka sama jak w pierwszym piśmie z 09. 06.2021 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.06.2021 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący w dniu 18.06.2021 r. poprzez platformę zakupową złożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe.

Pismem z dnia 30.06.2021 r. Zamawiający ponownie wszczął procedurę wynikającą z przepisu art. 128 ust 1 ustawy polegającą na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących wskazania podstaw do dysponowania osobami wyznaczonymi do kierowania robotami budowlanymi wymienionymi w wypełnionym załączniku nr 2 do SIWZ, złożeniu podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści pisma odnoszących się do osób wymienionych w rozdz. III ust 1 pkt 2c SIWZ oraz poprawienia błędu w dacie złożonych referencji. Jednocześnie Zamawiający informuje Odwołującego o anulowaniu wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 16.06.2021 r. Zamawiający nie precyzuje jakie informacje powinien zamieścić Odwołujący w wykazie w stosunku do pracowników wymienionych rozdz., III ust 1 pkt 2c.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 30.06.2021 r. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył przez platformę zakupową wykaz osób na załączniku nr 2 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje zawodowe elektryków oraz złożył referencje z poprawioną datą wystawienia tego dokumentu. W stosunku do pracowników wymienionych w treści SIWZ (rozdz. III ust 1 pkt 2c Zamawiający wymagał jedynie odpowiednich kwalifikacji w zawodzie elektryka.

Po zbadaniu oferty Odwołującego Zamawiający:

1. Pismem z dnia 09.07.2021 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną wskazano przepis art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty uznał, że Odwołujący nie wykazał w złożonych dokumentach podstaw do dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia mimo dodatkowego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.
2. W treści informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający powiadomił o zatrzymaniu wniesionego wadium na podstawie art. 98 ust 6 pkt 1 ustawy.

Odwołujący uzasadni w zakresie ww. punktu 1, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przedstawia informacje nie odpowiadające stanowi faktycznemu dotyczące braku wskazania podstaw do dysponowania osobami wskazanymi do realizacji zamówienia wyszczególnionymi na załączniku nr 2 do SIWZ.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w treści rozdz. III SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, natomiast w rozdz. IV Zamawiający określił jakie podmiotowe środki dowodowe będą wymagane od wykonawców na potwierdzenie ich spełnienia. W odniesieniu do osób uczestniczących w realizacji zamówienia Zamawiający w rozdz. IV ust 8 b SIWZ określił, że będzie wymagał jako podmiotowego środka dowodowego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji, wykształcenia, doświadczenia oraz o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wszystkie wymienione informacje powinny być wyszczególnione w załączonym do SIWZ wykazie. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiającemu zależało aby wyszczególnić jedynie osoby do kierowania robotami budowlanymi. Zapis zamieszczony w rozdz. IV ust 8b nie odnosi się do opisanego warunku zamieszczonego w rozdz. III i nie zobowiązuje wykonawców do wykazania wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zamawiający w skierowanym do Odwołującego wezwaniu z dnia 09.06.2021 r., jak i w wezwaniu z dnia 16.06.2021 r. do dostarczenia podmiotowych środków dowodowych zamieścił w treści pisma taką samą treść jak w rozdz. IV ust 8b SIWZ z której nie wynika jednoznacznie, że wykonawcy mają obowiązek zamieścić w wykazie na załączniku nr 2 do SIWZ również pracowników branży elektrycznej wymienionych w rozdz. III ust 1 pkt 2 c. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie w taki sposób aby wykonawcy przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia jednoznacznie rozumieli intencje Zamawiającego. Szczególnie dotyczy to kierowania do wykonawców wszelkiego rodzaju wezwań do składania dokumentów oraz wezwań do uzupełnienia

i wyjaśnienia tych dokumentów Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2628/13 z 27 listopada 2013 r., gdzie Izba stwierdza, że zamawiający ma obowiązek precyzyjnego formułowania wezwań, poprzez dokładne wskazanie jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy, tak aby nie było wątpliwości w jaki sposób należy wykonać wezwanie.

W prowadzonym postępowaniu w stosunku do podejmowanych czynności w sprawie dostarczenia podmiotowych środków dowodowych Zamawiający swoimi decyzjami wprowadził chaos informacyjny polegający na tym że:

- nieprecyzyjnie określa jakich dokumentów wymaga jako podmiotowe środki dowodowe w odniesieniu do osób wskazanych do realizacji zamówienia w pismach z 09.06.2021 jak i z dnia 16.06.2021r.
- anuluje wezwanie z dnia 16.06.2021 do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ale przyjmuje do oceny dokumenty, które zostały złożone w wyniku tego wezwania w dniu 18.06.2021 r.
- pismem z 30.06.2021 r. wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych które nie były wymagane w kierowanych do Odwołującego wezwaniach oraz żąda informacji przez sporządzenie wykazu, o pracownikach z uprawnieniami elektrycznymi nie określając jednocześnie jakiego rodzaju informacje i dokumenty należy dostarczyć. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w treści SIWZ (rozdz. II ust 23) wymagał aby jedynie pracownicy wykonujący roboty murarskie i ciesielskie zatrudnieni byli na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks Pracy, bez względu na to czy są to pracownicy wykonawcy, czy też podwykonawców. Tak więc w stosunku do pozostałych pracowników forma zatrudnienia pozostaje dowolna i zależy od stron realizujących zamówienie.

W odniesieniu do sposobu dysponowania wymienionymi w wykazie osobami informacje należało zamieścić w 5 kolumnie załącznika nr 2 do SIWZ. W kolumnie 5 Zamawiający wskazał dwie podstawy do dysponowania osobami wyszczególnionymi w wykazie. Pierwszy sposób to „dysponowanie samodzielnie” a drugi sposób to „osoba zostanie udostępniona przez inny podmiot”. Zgodnie z dyspozycją *należało niepotrzebne skreślić.

W przypadku Odwołującego w związku z tym, że w złożonej ofercie nie powoływał się na udział podmiotów trzecich, a jednoznacznie wskazał na samodzielne wykonanie zamówienia to pozostaje tylko możliwość określona przez Zamawiającego — czyli dysponowania samodzielnego. Odwołujący wskazuje, że w kolumnie 5 wykazu osób, który został dostarczony Zamawiającemu w dniu 18.06 2021 r., w każdej pozycji wykazu wpisał dodatkowo słowo „umowa”. Użycie określenia umowa jednoznacznie potwierdza bezpośrednie dysponowanie wskazanymi przez Odwołującego osobami przez nawiązanie

stosunku prawnego. Jak wskazuje Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 6 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO/KD 66/19, bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy do czynienia z umową o pracę, umową przedwstępną, umową o świadczeniu usług, itd. Ważne jest to, że Odwołujący wskazał jako podstawę do dysponowania osobami przewidzianymi do kierowania robotami na podstawie stosunku prawnego (umowa). W związku z powyższym Zamawiający nie miał prawa twierdzić, że Odwołujący nie wskazał podstawy do dysponowania osobami wyznaczonymi do kierowania robotami budowlanymi.

Odwołujący uzasadni w zakresie ww. punktu 2, w związku z brakiem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, nie ma również podstaw do zatrzymania wadium. Zgodnie z większościovym orzecznictwem Izby oraz sądów powszechnych zatrzymanie wadium może nastąpić w ściśle określonych sytuacjach. Przepis przywołany przez Zamawiającego jako podstawa do zatrzymania wadium służyć ma przede wszystkim zapobieganiu znikom przetargowym, żadne zachowanie Odwołującego nie wskazuje, że do takiej sytuacji doszło.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 lipca 2021 roku od czynności Zamawiającego, o której powiadomił wykonawców w dniu 9 lipca 2021 roku tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że na dzień wydania orzeczenia w tej sprawie Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie procesowym z dnia 6 września 2021 roku „Odpowiedz na odwołanie” złożonym na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła również stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku „Pismo Przystępującego”.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba po pierwsze stwierdziła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z **art. 505 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy** - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Odwołujący uzasadnił, że złożył ofertę najkorzystniejszą w ramach oceny w kryteriach stosowanych przez Zamawiającego. Zamawiający tej argumentacji nie kwestionował.

Izba w tym miejscu odnosi się do stanowiska Zamawiającego zawartego w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Zamawiający w złożonym piśmie, Odpowiedź na odwołanie z dnia 6 września 2021 roku podał, że *„Odwołującemu się nie przysługują środki ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust. 1 i nast. PZP”* stanowisko to uzasadnił Zamawiający tym, że poza bezzasadnością podnoszonych w odwołaniu zarzutów *„Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co wypełnia przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP”*

Izba wskazuje w tym miejscu, że zgodnie z informacją z dnia 9 lipca 2021 roku o „Informacja o odrzuceniu oferty” podstawą odrzucenia oferty wskazaną przez Zamawiającego jest

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) z tym uzasadnieniem, że „W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył dokumenty. Nie złożono jednak uzupełnionego pierwotnego „Wykazu osób”, w którym brakowało informacji o podstawie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego. W załączonym dodatkowym „Wykazie osób” wpisane zostały jedynie osoby, o których uzupełnieniu mowa była w wezwaniu z dnia 60.06.2021 r. w załączonym wykazie Wykonawca również nie podał informacji o podstawie dysponowania.”

Izba podkreśla, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w postępowaniu. Podniesienie przez Zamawiającego w piśmie procesowym argumentacji nakierowanej na istniejące w jego ocenie, a w żaden sposób nieujawnione podstawy faktyczne i prawne wykluczenia wykonawcy w czynności Zamawiającego z dnia 9 lipca 2021 roku mające stanowić uzasadnienie, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po stronie Zamawiającego mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Obecnie Odwołujący kwestionuje w odwołaniu podstawy odrzucenia jego oferty jakie zostały ujawnione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lipca 2021 roku. W zupełności niezrozumiałe jest podnoszenie przez Zamawiającego argumentacji jaka zasada się na ocenie zupełnie innych dokumentów złożonych w postępowaniu, a których to oceny Zamawiający nie dokonał wcześniej bądź jej nie upublicznił/ ujawnił. Skoro Zamawiający przywoływanych przyczyn nie podał w piśmie z dnia 9 lipca 2021 roku, to na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie są one znane wykonawcy. To oznacza, że na moment składania odwołania wykonawca nie miał wiedzy o takich okolicznościach, a Zamawiający w żaden sposób nie dał wyrazu temu, że zachodzą jakiegokolwiek inne, poza podanymi w piśmie z dnia 9 lipca 2021 roku podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po prostu okoliczności, o których pisze Zamawiający w piśmie procesowym nie istnieją jako faktycznie czynności podjęte przez Zamawiającego. Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawach jakie podnosi Zamawiający musi zostać ujawniona wykonawcy, któremu przysługuje od takiej czynności środek ochrony prawnej. Dokonanie przez Zamawiającego czynności i podanie wykonawcy informacji o tych działaniach stanowi wypełnienie zasady przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dokonuje oceny poprawności dokonanych czynności przez Zamawiającego, ale czynności jakie zostały ujawnione wykonawcy zgodnie z ustawą w określonym czasie i w określony sposób. Przedstawiana argumentacja Zamawiającego nie stanowi nawet czynności Zamawiającego stwierdzającej zsinienie przesłanek wykluczenia, a jedynie uzasadnienie dla oceny przesłanek wniesionego 14 lipca br. odwołania w kontekście interesu i szkody. Czynności Zamawiającego, o ile zostaną dokonane w postępowaniu – bo nie zastępuje dokonania tej czynności złożone pismo procesowe – otworzą drogę do złożenia odwołania w tym zakresie. Tym samym nie mogą one stanowić uzasadnienia dla braku interesu czy szkody po stronie Odwołującego na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem tych czynności w postępowaniu w ogóle nie ma, a do tego w żaden sposób nie stanowią one elementów oceny w zakresie badania interesu i szkody wykonawcy z art. 505 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla, że w tym zakresie aktualne pozostaje orzecznictwo wypracowane na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, bowiem treść przepisu art. 505 ust. 1 ustawy z powołanym wyżej przepisem, a obowiązującym do dnia 31 stycznia 2020 roku w zakresie przesłanek pozostaje jednakowa.

Wymaga również wskazania w tym miejscu, że choć argumentacja Zamawiającego z pisma procesowego chybiona jest w zakresie podnoszonych przesłanek oceny posiadania interesu i szkody po stronie Odwołującego w tym postępowaniu odwoławczym, to równocześnie referuje do stanu prawnego w zakresie podstaw wykluczenia, który nawet w poprzednim stanie prawnym nie obowiązywał już od roku 2016 tj. do art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 poz. 1020) dokonał daleko idących zmian i wskazany przepis wykreślił wprowadzając inne regulacje, co było efektem implementacji dyrektyw UE z roku 2014, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE.

Izba dokonuje oceny spełnianie przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy na dzień wniesienia środka ochrony prawnej, wymaga także podkreślenia, że badanie przesłanek interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę należy do materialnoprawnych przesłanek postępowania odwoławczego. Izba dostrzegła podnoszenie przez Odwołującego „interesu prawnego” jednakże to obowiązkiem Izby jest ocena podniesieniowej argumentacji i prawidłowa

subsumcja stanu faktycznego pod przepis prawny. Posłużenie się Odwołującego określeniem „interes prawnym” stanowi zaszłość, która w roku 2009 została zmieniona przez prawodawcę i nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku zmieniona na przesłankę „interesu”, co pozwoliło wykonawcy na wykazywanie interesu faktycznego nie mniej z uwzględnieniem szkody jaką poniósł albo może ponieść.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

1. Pismem z dnia 9 czerwca 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego:

Zamawiający Muzeum Gdańska, 80-831 Gdańsk ul. Długa 46/47, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.), wzywa do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

1 . wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy — w tym okresie wraz z podaniem robót budowlanych z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z 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 — wg załączonego wzoru — załącznik nr 1 do SWZ;

2. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych wykonania zamówienia publicznego oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wg wzoru - załącznik nr 2 do SWZ;

3. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem

terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

4. zaświadczenia lub innego dokumentu właściwej jednostki terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

5. odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji.

Podmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do dnia 15.06.2021 r. do godz. 12:00, w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

2. Odwołujący pismem z dnia 14 czerwca 2021 roku zwrócił się do Zamawiającego:

Dotyczy: wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu o sygn. NZP.26.5.2021(ZP-TP/04).

W nawiązaniu do Państwa pisma z 09 czerwca br. w sprawie dostarczenia w wyznaczonym do dnia 15.06.2021 terminie podmiotowych środków dowodowych wyszczególnionych w treści pisma, uprzejmie prosimy o wydłużenie wyznaczonego terminu do 18.06.2021 r., do godz. 1200.

Niniejszy wniosek uzasadniamy tym, że komplet wymaganych przez Państwa dokumentów otrzymamy od urzędników dopiero 18 czerwca.

3. W dniu 16 czerwca 2021 roku Zamawiający skierował do Odwołującego pismo:

Zamawiający Muzeum Gdańska, 80-831 Gdańsk ul. Długa 46/47, w związku z nie złożeniem w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r.

poz. 2019 ze zm.), dodatkowo wzywa do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

1. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy — w tym okresie wraz z podaniem robót budowlanych z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane z 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 — wg załączonego wzoru — załącznik nr 1 do SWZ;
2. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych wykonania zamówienia publicznego oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wg wzoru - załącznik nr 2 do SWZ;
3. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;
4. zaświadczenia lub innego dokumentu właściwej jednostki terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów pomierzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;
5. odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji.

Podmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do dnia 21.06.2021 r. do godz. 11:00, w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów lub złożone podmiotowe środki dowodowe będą niekompletne oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

4. W dniu 18 czerwca 2021 roku Odwołujący złożył dokumenty, w tym „Wykaz Osób”.

5. W dniu 30 czerwca 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych:

Zamawiający, Muzeum Gdańska, 80-831 Gdańsk ul. Długa 46/47, anuluje dodatkowe wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 16.06.2021 r.

Uzasadnienie:

Zamawiający, pismem z dnia 09.06.2021 r. wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 15.06.2021 r. do godz. 12:00. Wykonawca w dniu 14.06.2021 r. złożył poprzez platformę zakupową wniosek o przedłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych do dnia 18.06.2021 r. do godz. 12:00. Ze względu na błąd techniczny, Zamawiający otrzymał wniosek Wykonawcy po wyznaczonym terminie na złożenie podmiotowych środków dowodowych, w związku z powyższym zobowiązany był zgodnie z art. 128 ust. 1 wezwać dodatkowo do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin do dnia 21.06.2021 r. do godz. 11:00.

Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w dniu 18.06.2021 r. o godz. 22:00.

Złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne oraz zawierają następujące błędy:

- w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia brakuje informacji o podstawie dysponowania;
- w wykazie osób brak osób, o których mowa w Rozdziale III ust. 2c, tj..
- Co najmniej dwie osoby w trakcie wykonywania prac na budowie, które posiadają zaświadczenie odpowiedniego Komendanta Wojewódzkiego Policji, że zostały wpisane na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego;
- Co najmniej dwie osoby w trakcie prowadzenie prac na budowie, które posiadają świadectwo kwalifikacyjne Grupy 1 w tym jedna na stanowisku eksploatacji i jedna na stanowisku dozoru („E” i „D”) z uwzględnieniem zakresu kontrolno — pomiarowego. -

w referencjach wystawionych przez firmę M-Invest sp. z o.o. z siedzibą w Kielpinie przy ul. Osiedlowej 5 widnieje data 31.06.2021 r.

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dodatkowo wzywa do złożenia niekompletnych oraz zawierających błędy dokumentów.

Poprawione oraz uzupełnione podmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do dnia 05.07.2021 r. do godz. 11:00, w formie elektronicznej (tj. przy użyciu podpisu kwalifikowanego) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów lub złożone podmiotowe środki dowodowe nadal będą niekompletne oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

6. Odwołujący za pismem z dnia 2 lipca 2021 roku o treści:

Dotyczy: postępowania na kompleksową przebudowę i adaptację budynku koszar napoleońskich ...

W odpowiedzi na Państwa wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych uprzejmie informuje, że do niniejszego pisma załączam dokumenty o których mowa w treści pisma z dnia 30.06.2021 r. wraz z uzupełnionym wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia na załączniku do SIWZ.

Jednocześnie informuję, że data wystawienia referencji przez firmę M-Invest z Kielcina została wpisana omyłkowo, w związku z czym załączam referencje wystawione z rzeczywistą datą .

Złożył dokumenty, w tym między innymi Wykaz osób.

7. Pismem z dnia 9 lipca 2021 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty:

Zamawiający, Muzeum Gdańska, 80-831 Gdańsk ul. Długa 46/47, informuje, że złożona przez Państwa oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający pismem z dnia 09.06.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w SWZ. Wezwanie dotyczyło między innymi wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych

za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych wykonania zamówienia publicznego oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W złożonym „Wykazie osób” brakowało informacji o podstawie dysponowania oraz nie wyszczególniono osób, o których mowa w Rozdziale III ust. 2c SWZ, tj.:

- Co najmniej dwie osoby w trakcie wykonywania prac na budowie, które posiadają zaświadczenie odpowiedniego Komendanta Wojewódzkiego Policji, że zostały wpisane na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego;
- Co najmniej dwie osoby w trakcie prowadzenie prac na budowie, które posiadają świadectwo kwalifikacyjne Grupy 1 w tym jedna na stanowisku eksploatacji i jedna na stanowisku dozoru („E” i „D”) z uwzględnieniem zakresu kontrolno — pomiarowego.

W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający pismem z dnia 30.06.2021 r. na podstawie 128 ust. 1 ustawy PZP wezwał Wykonawcę do złożenia poprawionych oraz uzupełnionych środków dowodowych, wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 05.07.2021 r. do godz. 11:00 Informując jednocześnie, że jeżeli wykonawca niełoży w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów lub złożone podmiotowe środki dowodowe nadal będą niekompletne oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył dokumenty. Nie złożono jednak uzupełnionego pierwotnego „Wykazu osób”, w którym brakowało informacji o podstawie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego. W załączonym dodatkowym „Wykazie osób” wpisane zostały jedynie osoby, o których uzupełnieniu mowa była w wezwaniu z dnia 30.06.2021 r. w załączonym wykazie Wykonawca również nie podał informacji o podstawie dysponowania.

Mając na uwadze powyższe odrzucenie Państwa oferty jest zasadne.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zatrzymuje wadium wniesione w ww. postępowaniu.

Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2, art. 128 ust 1, art. 98 ust 6 pkt. 1 oraz art. 226 ust 1 pkt. 2 lit. c, art. 274 ust 1 ustawy czynnością Zamawiającego z dnia 9 lipca 2021 roku polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt. 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2019 roku poz. 2019 ze zmianami; dalej „ustawa”) oraz zatrzymaniu wniesionego wadium na podstawie art. 98 ust 6 pkt 1 ustawy – Izba zarzut uznała za zasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

- art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy - Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

- art. 128 ust. 1 ustawy - 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. c ustawy - Art. 226. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę: (...)

c) 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. 274 ust. 1 ustawy - Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z regulacją art. 266 ustawy do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

W rozpoznaniu przedmiotowego zarzutu odwołania podniesionego przez Odwołującego kluczowe znaczenie mają czynności Zamawiającego podejmowane w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakie ustaliła Izba w stanie faktycznym tej sprawy.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania, podając w uzasadnieniu faktycznym czynności z dnia 9 lipca 2021 roku, że *Nie złożono jednak uzupełnionego pierwotnego „Wykazu osób”, w którym brakowało informacji o podstawie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego. W załączonym dodatkowym „Wykazie osób” wpisane zostały jedynie osoby, o których uzupełnieniu mowa była w wezwaniu z dnia 60.06.2021 r. w załączonym wykazie Wykonawca również nie podał informacji o podstawie dysponowania.*

Izba dostrzegła w tym stanowisku Zamawiającego szereg niespójności wynikających z prowadzenia przedmiotowej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, do tego w żaden sposób nieznanymi obowiązującej ustawie i naruszających zasady Prawa zamówień publicznych.

Po pierwsze, nie sposób ustalić na podstawie tak przedstawionego stanowiska Zamawiającego co też w zasadzie stanowiło podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego. Izba wskazuje, że Zamawiający odnosi się w swojej argumentacji do *pierwotnego Wykazu osób*. Przy czym, w postępowaniu tym Odwołujący złożył

dwukrotnie „Wykaz osób”, tj. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 czerwca oraz wezwanie z dnia 30 czerwca br. tj. Odwołujący złożył dwa dokumenty „Wykaz osób”. Tym samym niewątpliwie za „pierwotnie” uzupełniony „Wykaz osób” należy traktować ten złożony przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2021 roku. Izba podkreśla w tym miejscu, że złożone dokumenty w dniu 18 czerwca 2021 roku nie mogą być traktowane inaczej niż jako odpowiedź na wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku, bowiem Zamawiający nie przedłużył terminu na złożenie dokumentów określonego w wezwaniu z dnia 9 czerwca 2021 roku, o co wnioskował Odwołujący, a skierował w dniu 16 czerwca 2021 roku wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie przedłużył terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych określonego w piśmie z dnia 9 czerwca 2021 roku wyznaczonego na dzień 15 czerwca 2021 roku jak również nie udzielił Zamawiający w tym zakresie żadnej informacji.

Natomiast Zamawiający anulował wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku pismem z dnia 30 czerwca 2021 roku, co oznacza w ocenie Izby, że anulowanie wezwania anuluje również odpowiedź Odwołującego z dnia 18 czerwca 2021 na powyższe wezwanie Zamawiającego. Jednakże w piśmie z dnia 30 czerwca 2021 roku Zamawiający kreuje stan rzeczy wewnętrznie sprzeczny, bowiem z jednej strony anuluje dodatkowe wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku ale następnie wskazuje, że *Zamawiający, pismem z dnia 09.06.2021 r. wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 15.06.2021 r. do godz. 12:00. Wykonawca w dniu 14.06.2021 r. złożył poprzez platformę zakupową wniosek o przedłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych do dnia 18.06.2021 r. do godz. 12:00. Ze względu na błąd techniczny, Zamawiający otrzymał wniosek Wykonawcy po wyznaczonym terminie na złożenie podmiotowych środków dowodowych, w związku z powyższym zobowiązany był zgodnie z art. 128 ust. 1 wezwać dodatkowo do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin do dnia 21.06.2021 r. do godz. 11:00.* Izba podkreśla, że termin 21 czerwca 2021 wyznaczony na uzupełnienie dokumentów podmiotowych wynika z wezwania z dnia 16 czerwca 2021 roku – które to wezwanie jak twierdzi Zamawiający w piśmie z dnia 30 czerwca 2021 roku zostało anulowane. Z powyższego cytatu wynika również, że Zamawiający poddał ocenie złożone przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2021 roku dokumenty, jednakże nie wynika dlaczego poddał ocenie te dokumenty skoro anulował wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku.

Izba dostrzegła, że w piśmie z dnia 9 lipca 2021 roku Zamawiający potraktował dokumenty złożone w dniu 18 czerwca 2021 roku przez Odwołującego jako dokumenty złożone na wezwanie z dnia 9 czerwca 2021 roku, jednakże takie stanowisko Zamawiającego jest niezgodne ze stanem faktycznym oraz sprzeczne z informacjami zawartymi w piśmie z dnia

16 czerwca 2021 roku oraz w piśmie z dnia 30 czerwca 2021 roku. Nie można potraktować dokumentów złożonych w dniu 18 czerwca 2021 przez Odwołującego jako dokumentów złożonych na wezwanie z dnia 9 czerwca 2021. Fakt, że zostały one złożone w czasie (w terminie) jaki w swoim piśmie z dnia 14 czerwca 2021 roku proponował Odwołujący tj. w dniu 18 czerwca 2021 roku, w żaden sposób nie powoduje, że Zamawiający miał prawo potraktować te dokumenty jako złożone w odpowiedzi na pismo z dnia 9 czerwca 2021 roku, bowiem nie przedłużył terminu wyznaczonego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający – skoro chciał uznać wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu na wniesienie podmiotowych środków dowodowych na co wskazuje czynność oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego 18 czerwca 2021 roku – mógł w obliczu pozyskanej informacji o błędzie technicznym, który spowodował, że wniosek o zmianę terminu dostał po upływie wyznaczonego terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych unieważnić swoje czynności. To pozwoliłoby na zachowanie zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w tym przejrzystości postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz podejmowania czynności w postępowaniu zgodnie z ustawą, a w efekcie wskazanymi przez samego Zamawiającego terminami.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że jako „pierwotny Wykaz osób” Zamawiający ocenił wykaz złożony przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2021 roku w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku, które zostało przez Zamawiającego anulowane. Izba podziela stanowisko Odwołującego odnoszące się do tego, że w postępowaniu tym czynności podejmowane przez Zamawiającego są niejednoznaczne, niejasne. W ocenie Izby wręcz naruszające zasady przejrzystości postępowania tj. transparentności, która w tym wypadku została naruszona przez komunikowanie czynności Zamawiającego wewnątrznie sprzecznych i niezrozumiałych. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, w szczególności czynności podejmowane w ramach wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie są jednoznaczne, jasne i precyzyjne. W ocenie Izby takie naruszenie zasady przejrzystości prowadzi jednocześnie do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności w ramach prowadzonej procedury. Zasada przejrzystości stanowi gwarancję dla wykonawcy uzyskiwania informacji jednoznacznych i przejrzystych.

Z pisma z dnia 30 czerwca 2021 roku wynika, że Zamawiający poddał ocenie podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2021 roku, przy czym Izba ponownie podkreśla, że Zamawiający anulował wezwanie na podstawie którego te dokumenty zostały złożone, a termin na złożenie dokumentów na wezwanie z dnia 9 czerwca 2021 roku upłynął w dniu 15 czerwca 2021 roku. Oznacza to, że Zamawiający poddał ocenie dokumenty, które zostały złożone na podstawie anulowanego przez Zamawiającego wezwania z dnia 16 czerwca 2021 roku. W piśmie z dnia 30 czerwca 2021

roku Zamawiający podał, że: *Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w dniu 18.06.2021 r. o godz. 22:00. Złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne oraz zawierają następujące błędy:* wymienił błędy jakie w jego ocenie zaistniały w tych dokumentach oraz wezwał Odwołującego działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - *Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dodatkowo wzywa do złożenia niekompletnych oraz zawierających błędy dokumentów. Poprawione oraz uzupełnione podmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do dnia 05.07.2021 r. do godz. 11:00 (...).* Treść ta jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wzywa „dodatkowo” – co sugeruje kolejne wezwanie, takie dodatkowe czyli nie podstawowe - jedynie do złożenia poprawionych oraz uzupełnieniowych dokumentów. Potwierdza to ponownie, że Zamawiający poddał ocenie dokumenty złożone na wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku, a które Zamawiający zgodnie z pismem z dnia 9 lipca 2021 roku traktuje jako dokumenty złożone na wezwanie z dnia 9 czerwca 2021 roku. W ocenie Izby sam fakt skierowania przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania z dnia 16 czerwca 2021 roku, przy braku odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 14 czerwca 2021 roku o przedłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych powoduje, że nie można dokumentów złożonych w dniu 18 czerwca 2021 roku przez Odwołującego traktować inaczej niż jako odpowiedź na wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku, które to wezwanie zostało przez Zamawiającego anulowane.

Powyższe w sposób jednoznaczny dowodzi, że Zamawiający dokonał w postępowaniu czynności nieznanymi ustawie, co więcej nie sygnalizował i nie wyjaśniał co też tak naprawdę robi w ramach prowadzonej procedur. Takie działanie Zamawiającego, jak wskazał w odwołaniu Odwołujący, wprowadza chaos informacyjny. Skutkiem takiego działania Zamawiającego jest poddanie przez Zamawiającego ocenie podmiotowych środków dowodowych, których ocenie nie powinien poddawać.

W odniesieniu do uzasadnienia podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego w piśmie z dnia 9 lipca 2021 roku Zamawiający podał również, że *W załączonym dodatkowym „Wykazie osób” wpisane zostały jedynie osoby, o których uzupełnieniu mowa była w wezwaniu z dnia 60.06.2021 r. w załączonym wykazie Wykonawca również nie podał informacji o podstawie dysponowania.* Taka argumentacja ponownie potwierdza, że Zamawiający dokonuje oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2021 roku oraz w dniu 2 lipca 2021 roku. Wymaga odnotowania również, że nieprecyzyjnie podana data przez Zamawiającego „60.06.2021” pozwala jedynie na wnioskowanie co do którego wezwania odnosi się Zamawiający. Podkreślić bowiem należy, że wszystkie wezwania kierowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu były z czerwca 2021 roku oraz że nie istnieje „60” dzień miesiąca.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba stwierdziła naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie podejmowanych przez Zamawiającego czynności polegających na uzupełnieniu podmiotowych środków dowodowych. Izba nakazała unieważnieniem czynności z dnia 9 lipca 2021 roku odrzucenia oferty Odwołującego dokonanej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy. Mając jednocześnie na uwadze to, że Zamawiający poddał ocenie dokumenty złożone przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2021 roku złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku, które zostało anulowane przez Zamawiającego – traktując je w sposób nieprawidłowy jako dokumenty złożone na wezwanie z dnia 9 czerwca 2021 roku – Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych dokonane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. Izba podkreśla w tym miejscu, że nakazała unieważnienie czynności dokonywanych przez Zamawiającego w tym trybie ustawowym, co oznacza, że nakazem Izby objęte jest zarazem wezwanie z dnia 16 czerwca 2021 roku (w wyniku którego zostały złożone dokumenty podlegające ocenie przez Zamawiającego) oraz wezwanie z dnia 30 czerwca 2021 roku. Izba nakazała Zamawiającemu rozpoznanie wniosku złożonego przez Odwołującego w dniu 14 lipca 2021 roku, tj. wniosku o zmianę terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych oraz nakazała wyznaczenie terminu do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że skierowane przez Zamawiającego wezwanie z dnia 9 czerwca 2021 roku pozostaje aktualne w swoim przedmiocie, a Zamawiający został zobowiązany do wyznaczenia odpowiedniego terminu do złożenia podmiotowych środków dowodowych przez Odwołującego w odpowiedzi na to wezwanie. W konsekwencji powyższego Izba uznała za niezasadną czynności zatrzymania przez Zamawiającego wniesionego przez Odwołującego wadium, bowiem nie zaistniały w ocenie Izby przesłanki z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy.

Izba podkreśla w tym miejscu, że jedynie w powyższym zakresie rozpoznanie tego dowołania było możliwe, a skutkiem wyroku Izby jest przywrócenie w postępowaniu określonego ustawą porządku oraz zniwelowania czynności jakie naruszały zasady Prawa zamówień publicznych. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwa była konwalidacja czynności Zamawiającego i przywrócenie postępowania odwoławczego do stanu, w którym te czynności mogą być podejmowane zgodnie z przepisami i w poszanowaniu zasad, w tym szczególności zasady przejrzystości tego postępowania. Izba podkreśla, że działania Zamawiającego podejmowane w sposób niezgodny z ustawą, w zasadzie nie wiadomo w oparciu o co, spowodowały wskazany przez Zamawiającego skutek zatrzymania wadium, co w ocenie Izby również jest działaniem nieprawidłowym. Jednocześnie Izba nie poddała pod ocenę merytoryczną podmiotowych

środków dowodowych złożonych przez Odwołującego czy też zakresu informacji wskazanych w „Wykazie osób”, bowiem stwierdziła nieprawidłowość w czynności Zamawiającego i uznała działania wezwania do uzupełnienia dokumentów za niewłaściwe i nakazała wyznaczyć terminu na złożenie dokumentów z wezwania z dnia 9 czerwca 2021 roku – co oznacza, że nie mogła poddać dokumentów pod ocenę ponieważ w efekcie powyższego w postępowaniu nie ma złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Izba podkreśla w tym miejscu, że 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 również Zamawiającego – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na wszystkie podmioty sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt. Jednocześnie właśnie te określone ustawą zasady stanowią gwarancję udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która poddaje się weryfikacji. Pozwalają na ocenę czynności podmiotów biorących udział w postępowaniu stawiając wszystkie podmioty w równej sytuacji.

Izba zaznacza, że 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 ustawą i wymaganiami SWZ, a w konsekwencji prowadzić do czynności Zamawiającego w postępowaniu podejmowanych według reguł w żaden sposób nieokreślonych ustawą, reguł niezgodnych z samymi pierwotnymi czynnościami Zamawiającego w konsekwencji prowadząc do działań czynności naruszających prawa podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania w tym do Zamawiającego, bowiem wszystkich zasady te obowiązują. Izba uznała działania Zamawiającego za nieprawidłowe i naruszające obowiązujące przepisy ustawy, w szczególności zasady Prawa zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu

lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł. W tym przypadku, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 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) koszty postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: