

Sygn. akt: KIO 1106/21
KIO 1124/21

WYROK

z dnia 10 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2021 r. przez:

- A. wykonawcę **Hydro-Marko Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin** (KIO 1106/21),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Proces Silesia Sp. z o.o.** (lider) oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice** (KIO 1124/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., Święty Wojciech 46, 66-300 Międzyrzecz**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **WUPRINŻ S.A.** (lider), **Procolor Sp. z o.o., Poster Zakład Automatykacji Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą dla lidera: **ul. Synów Pułku 26, 60-462 Poznań**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1106/21 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1124/21,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Proces Silesia Sp. z o.o.** (lider) oraz **Control Process S.A.**

z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice**, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1106/21,

- C. wykonawcy **Hydro-Marko Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin**, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1124/21

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1106/21 w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., poprzez brak podania informacji w zakresie braku przyznania punktów odwołującemu w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu, co spowodowało po stronie odwołującego obiektywne trudności w zidentyfikowaniu podstaw nieprzyznania maksymalnej punktacji odwołującemu w tym kryterium oraz odniesienia się do tego w odwołaniu oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienia czynności badania i oceny ofert, a po jej zakończeniu podanie wykonawcom informacji, wraz z uzasadnieniem, o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium i o punktacji łącznej; oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1106/21 w zakresie pozostałych ośmiu zarzutów (zadanie nr 1),
2. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1124/21,
3. w sprawie o sygn. akt KIO 1106/21 kosztami postępowania obciąża w 8/9 wykonawcę **Hydro-Marko Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin** oraz w 1/9 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **WUPRINŻ S.A. (lider), Procolor Sp. z o.o., Poster Zakład Automatykacji Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą dla lidera: **ul. Synów Pułku 26, 60-462 Poznań** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hydro-Marko Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Hydro-Marko Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **WUPRINŻ S.A. (lider), Procolor Sp. z o.o., Poster Zakład Automatykacji Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą dla lidera: **ul. Synów Pułku 26, 60-462 Poznań** kwotę **3 200 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy) tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **WUPRINŻ S.A. (lider), Procolor Sp. z o.o., Poster Zakład Automatykacji Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą dla lidera: **ul. Synów Pułku 26, 60-462 Poznań** na rzecz wykonawcy **Hydro-Marko Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin** kwotę **2 622 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące sześćset dwadzieścia dwa złote zero groszy) tytułem wpisu od odwołania (1/8) i wynagrodzenia pełnomocnika (1/8),
4. w sprawie o sygn. akt KIO 1124/21 kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Proces Silesia Sp. z o.o. (lider)** oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice** i :
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Proces Silesia Sp. z o.o. (lider)** oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Proces Silesia Sp. z o.o. (lider)** oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice** na rzecz **Międzyrzeckiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., Święty Wojciech 46, 66-300 Międzyrzecz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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

KIO 1106/21 – zadanie nr 1

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., Święty Wojciech 46, 66-300 Międzyrzecz (dalej „zamawiający”) na „Przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w miejscowości Święty Wojciech według warunków kontraktowych Żółty FIDIC – w formule zaprojektuj-wybuduj” (zadanie nr 1) wykonawca Hydro-Marko Sp. z o. o. Sp. k., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: WUPRINŻ S.A. (lider), Procolor Sp. z o.o., Poster Zakład Automatykacji Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera: ul. Synów Pułku 26, 60-462 Poznań, (dalej „przystępujący W”), względnie wezwania wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia Wykazu osób, z uwagi na to, że w zakresie doświadczenia P. H. wskazanego w Wykazie osób do pełnienia funkcji Kierownika budowy w sposób niejednoznaczny i nieprawidłowy uzupełniono informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, uniemożliwiając ustalenie czy roboty wskazywane w doświadczeniu były faktycznie wykonywane oraz jaką funkcję pełnił P. H. w ramach tych robót, a ponadto wskazana osoba nie posiada uprawnień pozwalających na pełnienie funkcji kierownika budowy w niniejszym zamówieniu, co spowodowało brak potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu oraz było wprowadzeniem w błąd zamawiającego co do istotnych elementów oferty, decydujących o punktacji w ramach kryterium oceny ofert,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez przyznanie przystępującemu w maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu – Ekspert nr 2 – Kierownik Budowy, pomimo, że przystępujący wpisał informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy P. H. w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający weryfikację prawdziwości tego oświadczenia, a ponadto osoba ta nie posiada uprawnień do pełnienia funkcji kierownika budowy w niniejszym zamówieniu,
3. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wezwania

przystępującego W do wyjaśnień w zakresie robót wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, wykonawcę HUSAR inwestycji „Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych”, która była wykonywana przez tego wykonawcę w ramach konsorcjum, a nie samodzielnie,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie wykluczenia i poprzez dwukrotne wezwanie przystępującego W do uzupełnienia dokumentu JEDZ konsorcjanta w tym samym zakresie,
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 73 § 1 kc i art. 78¹ § 1 kc, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego W z postępowania, mimo że JEDZ złożony przez konsorcjanta złożony wraz z ofertą nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto dokumenty JEDZ składane następnie dwukrotnie w odpowiedzi na wezwania do uzupełnienia nie zostały opatrzone podpisem,
6. art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący W nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a jedynie przedłużenie ważności wadium,
7. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1, poprzez brak podania informacji w zakresie braku przyznania punktów odwołującemu w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu), co spowodowało po stronie odwołującego obiektywne trudności w zidentyfikowaniu podstaw nieprzyznania maksymalnej punktacji odwołującemu w tym kryterium oraz odniesienia się do tego w odwołaniu,
8. art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne przyznanie przystępującemu W maksymalnej liczby punktów (tj. 20 punktów) w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu – Ekspert nr 6 – Projektant branży technologicznej (sanitarnej), pomimo, że doświadczenie osoby wskazanej przez przystępującego nie dotyczy okresu ostatnich 3 lat,
9. art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, a sam wykonawca wykluczony z postępowania, oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia przystępującego W z postępowania, względnie wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia wykazu osób, przy czym nawet w przypadku uzupełnienia

- spowodowałyby to brak przyznania punktów przystępującemu W w kryterium „doświadczenie personelu”,
4. wykluczenia oraz odrzucenia oferty przystępującego W w związku z powodami wskazanymi w odwołaniu,
 5. odjęcie punktów przystępującemu W, ewentualne przyznanie odwołującemu maksymalnej liczby punktów (tj. 20 punktów) w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu – Ekspert nr 6 – Projektant branży technologicznej (sanitarnej),
 6. dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut 1

Odwołujący stwierdził, że w Wykazie osób przystępujący W w pozycjach dotyczących doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w sposób niejednoznaczny, nieprawidłowy uzupełnił pozycje dotyczące robót, w ramach których wskazana osoba miała zdobyć wymagane doświadczenie. W ocenie odwołującego opisanie doświadczenia w taki sposób jak to miało miejsce w przypadku przystępującego W uniemożliwia ustalenie o jaką robotę chodzi, a nadto na podstawie informacji zawartych w Wykazie nie sposób było dokonać oceny w zakresie funkcji pełnionej przez p. Hamrol w ramach tych robót.

Wskazał, że zamawiający wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, tymczasem z informacji uzyskanych przez odwołującego P.H. posiada doświadczenie, ale w pełnieniu funkcji kierownika robót, której nie sposób utożsamiać z kierownikiem budowy.

Podał, że P.H. w ramach inwestycji „Oczyszczalnia ścieków Fordon w Bydgoszczy” pełnił funkcję kierownika robót, a nie kierownika budowy – składając Wykaz o takiej treści, z której jednoznacznie miało wynikać, że w ramach wszystkich ze wskazanych w Wykazie robót P.H. pełnił funkcję kierownika budowy stanowiło wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Wskazał, że P.H. w swoim CV podaje informacje o charakterze pracy jaką wykonywał w ramach każdej z inwestycji, jednak przy inwestycji Rozbudowa Oczyszczalni ścieków Fordon w Bydgoszczy wskazuje niejednoznacznie czy pełnił w ramach tej inwestycji funkcję kierownika robót czy kierownika budowy, co – zdaniem odwołującego – nie może stanowić omyłki czy nieścisłości, ponieważ w treści życiorysu znajdują się również takie inwestycje, w których w ramach zajmowanego stanowiska wpisano kierownika budowy – życiorys zawiera rozróżnienie w stanowiskach. Uznał, że treść CV stoi w sprzeczności z treścią Wykazu złożonego przez przystępującego W, w którym nie zawarto informacji o innej niż

wymagana funkcji P.H.

Odwołujący stanął na stanowisku, że działanie takie miało na celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz otrzymanie dodatkowej punktacji w kryteriach oceny ofert, jednocześnie działanie to miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu zarówno w zakresie oceny spełnienia warunków udziału jak i punktacji przyznanej ofercie przystępującego W.

Stwierdził, że źródłem nieprawdziwej informacji nie były dane przekazane przystępującemu W przez P.H. bowiem w swoim CV wyraźnie zaznacza on, że w ramach inwestycji w Bydgoszczy pełnił różne funkcje. Uznał, że nie jest możliwe, żeby przystępujący W nie posiadał takiej informacji – przystępujący W był w posiadaniu życiorysu P.H. (życiorys ten był jednym z dokumentów, przedstawionych w toku postępowania odwoławczego przed KIO w sprawie KIO 1871/20, postępowanie odwoławcze dotyczyło wprowadzenia innego zamówienia, jednak przystępujący W również wskazał P.H. w wykazie osób).

W ocenie odwołującego skoro treść życiorysu w tym informacja o pełnionej funkcji kierownika robót przy realizacji inwestycji w Bydgoszczy była przystępującemu W znana to w tych okolicznościach wpisanie do Wykazu informacji, że P.H. pełnił funkcję kierownika budowy w ramach inwestycji w Bydgoszczy było działaniem intencjonalnym, mającym na celu po pierwsze – potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, po drugie – uzyskania dodatkowych punktów w kryterium doświadczenia personelu.

Odwołujący twierdził, że mając na uwadze uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy oraz podstawę i datę ich nadania P.H., a także wymagania zamawiającego dla spełnienia warunku pełnienia funkcji kierownika budowy, uznać należy, że uprawnienia P.H. nie są uprawnieniami w pełnym brzmieniu zakresu § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a) Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), lecz są ograniczone zakresowo do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych.

Podał, że przepisy ww. rozporządzenia w § 1 ust. 5 określają jeden z warunków ustalania zakresu nadawanych uprawnień budowlanych: *„5. Osoby, które odbyły praktykę zawodową wyłącznie w zakresie wąskiej specjalizacji zawodowej, mogą wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie tylko w zakresie objętym tą specjalizacją”*, a nadto, że z zgodnie z tym przepisem, organ prowadzący postępowanie w sprawie nadania uprawnień budowlanych określał specjalność i zakres nadawanych uprawnień na podstawie udokumentowanego wykształcenia, dodatkowo ich zakres mógł podlegać ograniczeniu na podstawie udokumentowanej praktyki.

Stanął na stanowisku, że, aby spełnić wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ dla Eksperta 2 – Kierownika Budowy dla osób, które uzyskały uprawnienia: „lub

która na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. nr 8, poz. 46) uzyskała uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej ” P.H. musiałby posiadać zakres uprawnień w pełnym brzmieniu zakresu § 13 ust. 1 pkt 4 lit. a) i b) Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46), tj.: „13. 1. rozporządzenia w/s uprawnień: Organ administracji państwowej stopnia powiatowego stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót oraz funkcji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 i 4, w specjalnościach techniczno-budowlanych:

- 1) architektonicznej,*
- 2) konstrukcyjno-budowlanej - obejmującej budynki oraz inne budowle nie wymienione w specjalności konstrukcyjno-inżynieryjnej oraz wodno-melioracyjnej,*
- 3) konstrukcyjno-inżynieryjnej w zakresie:*
 - a) linii, węzłów i stacji kolejowych - obejmującej również perony, rampy oraz typowe przepusty i mosty,*
 - b) dróg i lotniskowych dróg startowych oraz manipulacyjnych - obejmującej również typowe przepusty i mosty,*
 - c) mostów - obejmującej również wiadukty, przepusty, tunele, estakady, nadziemne i podziemne przejścia komunikacyjne oraz nieskomplikowane odcinki dróg, stanowiące dojazdy do tych budowli,*
 - d) budowli hydrotechnicznych - obejmującej również ujęcia wód oraz budowle basenów wodnych i zbiorników wodnych przemysłowych,*
- 4) instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie:*
 - a) sieci sanitarnych - obejmującej sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłe uzbrojenia terenu,*
 - b) instalacji sanitarnych*
 - c) a*
 - d) ochrony środowiska - obejmującej instalacje i urządzenia służące do ochrony przed zanieczyszczeniem wód, gleby i powietrza atmosferycznego, łącznie ze związanymi z nimi konstrukcjami wsporczymi,*
 - e) instalacji elektrycznych*
 - f) urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego,*
 - g) elektryfikacji linii kolejowych,*
 - h) lotniczych urządzeń naziemnych,*

Stwierdził, że ponieważ P.H. nie posiada pełnego zakresu określonego w pkt a) specjalności instalacyjno-inżynierskiej, a jedynie w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych (nie obejmujące sieci cieplnych uzbrojenia terenu) nie posiada również zakresu punktu b) tej specjalności dotyczącego instalacji sanitarnych, tzn. że P. H. odbył praktykę zawodową wyłącznie w zakresie wąskiej specjalizacji zawodowej i zgodnie z treścią przedmiotowych uprawnień oraz podstawy ich nadania wraz z późniejszymi zmianami ustawodawcy może wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie tylko w przyznanym mu zakresie specjalizacji.

Podsumował, że zamieszczone oświadczenie w Załączniku nr 6 Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz oświadczenie na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych z 26.03.2021 r. w zakresie treści: „*Wskazane wyżej uprawnienia odpowiadają uprawnieniom budowlanym do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ*” jest nieprawdziwe i wprowadza zamawiającego w błąd.

Uzupełnił, że w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą przystępujący W potwierdził ograniczony zakres specjalizacji instalacyjno-inżynierskiej wyłącznie do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych (str. 51 wyroku KIO sygn. akt KIO 1871/20 i KIO 1908/20: „*Odwołujący nie krył, że uprawnienia nie obejmują pełnego zakresu wskazanego w warunku i są ograniczone do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych*”.

Zarzut 2

Odwołujący stwierdził, że niejednoznaczność treści Wykazu osób wpływa również na brak możliwości przyznania punktacji w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia personelu – przy wątpliwościach w zakresie sprawowanej przez P.H. funkcji w ramach prac wskazanych w Wykazie zamawiający nie mógł przyznać ofercie przystępującego W punktacji, ponieważ nie dysponował jednoznacznymi i niebudzącymi wątpliwości informacjami. Oceniał, że informacje zawarte w Wykazie były na tyle nieprecyzyjne, że samodzielnie nie mogły stanowić podstawy do przyznania punktacji w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia personelu.

Powtórzył, że niejednoznaczność informacji o pełnieniu funkcji kierownika budowy przy inwestycji w Bydgoszczy była informacją wprowadzającą zamawiającego w błąd, co jest o tyle istotne, że gdyby przystępujący W przedstawił informacje zgodnie z prawdą to ta inwestycja nie byłaby brana pod uwagę przez zamawiającego przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium – doświadczenie personelu ze skutkiem nieprzyznania maksymalnej liczby punktów w kryterium w odniesieniu do Eksperta nr 2 – Kierownik Budowy.

Uzupełnił, że za pełnienie przez P.H. funkcji kierownika budowy przy inwestycji

w Bydgoszczy przystępujący W otrzymał dodatkowe 10 punktów, jednak ponieważ P.H. w ramach tej inwestycji nie pełnił funkcji kierownika budowy tylko kierownika robót, a punktacji podlegało tylko sprawowanie funkcji kierownika budowy, to przystępującemu W przyznano punkty nieprawidłowo.

Zarzut 3

W ocenie odwołującego złożony przez przystępującego W JEDZ nie może stanowić jednoznacznego potwierdzenia, że wykonawca HUSAR, na zasobach którego polega przystępujący W spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Podniósł, że złożony przez przystępującego W protokół wystawiony jest tylko przez jednego wykonawcę wchodzącego w skład konsorcjum, a nadto nie zawiera informacji w jakim zakresie wykonawca HUSAR wykonywał prace, tj. na czym polegał jego udział w realizacji inwestycji w Chojnicach; protokół nie stanowi również dowodu zapłaty wynagrodzenia w wysokości w nim wskazywanej.

Uznał, że wobec powyższych wątpliwości nie można jednoznacznie uznać, że dokument potwierdza zakres i wartość robót wykonanych przez HUSAR w ramach realizacji inwestycji w Chojnicach wobec czego na podstawie tych informacji zamawiający nie mógł prawidłowo ocenić, czy wykonawca HUSAR, a w konsekwencji przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zarzut 4

Odwołujący wskazał, że zamawiający wzywał przystępującego W dwukrotnie do uzupełnienia dokumentów JEDZ (braki w JEDZ dotyczyły wszystkich konsorcjantów).

Wskazał także, że pierwsze wezwanie wystosowano 10.02.2021 r. i w odpowiedzi na wezwanie przystępujący W złożyło częściowo tylko uzupełnione dokumenty JEDZ; kolejne, drugie wezwanie wystosowano 15.03.2021 r., przy czym jego zakres obejmował te same elementy co poprzednio i dopiero na drugie wezwanie przystępujący W złożył dokumenty JEDZ z uzupełnionymi informacjami, wskazywanymi jako braki już w ramach pierwszego wezwania.

Wskazał, że zakresy obu wezwań były zakresowo tożsame.

Stanął na stanowisku, że takie działanie zamawiającego należy uznać za nieuprawnione w świetle zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia oraz zasady równego traktowania wykonawców. Uzupełnił, że nieprawidłowe uzupełnienie JEDZ na pierwsze wezwanie świadczy o braku należytej staranności wykonawcy, wymaganej od podmiotu profesjonalnego.

Wskazał, że w świetle orzecznictwa KIO dwukrotne uzupełnianie dokumentu JEDZ jest niedopuszczalne.

Zarzut 5

Odwołujący podał, że dokument JEDZ konsorcjanta Procolor złożony wraz z ofertą przystępującego W zawierał braki w zakresie: podwykonawstwa, części zamówienia, w której składana jest oferta, roli jaką pełni wykonawca w konsorcjum oraz rejestru w jakim figuruje wykonawca. JEDZ nie precyzował nadto części zamówienia, w której wykonawca składa swoją ofertę.

Podniósł, że na podstawie dokumentu JEDZ zawierającego ww. braki zamawiający nie mógł zweryfikować wykonawcy z pozytywnym skutkiem, tj. nie mógł uznać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu wobec czego zaszła konieczność uzupełnienia tego dokumentu o informacje, które nie znalazły się w jego treści pierwotnie.

Wskazał, że zamawiający wystosował dwa wezwania do uzupełnienia (z 10.02.2021 r., oraz 15.03.2021 r.), zaś przystępujący W złożył dwukrotnie JEDZ wykonawcy Procolor – dwukrotnie niepodpisany.

Podkreślił, że dokument JEDZ traktowany jest w orzecznictwie KIO jako oferta sensu largo i brak podpisu na tym dokumencie przesądza o nieważności oświadczenia w nim zawartego, a w konsekwencji nieważności oferty.

Stwierdził, że dla skutecznego złożenia oświadczenia JEDZ, dokument ten musi zostać właściwie podpisany, a brak podpisu na dokumencie JEDZ skutkuje jego nieważnością w świetle przepisów art. 73 § 1 kc i art. 78¹ § 1 kc.

Podsumował, że oferta przystępującego W podlegała odrzuceniu, bowiem JEDZ pierwotnie złożony przez Procolor zawierał istotne braki, a dokumenty JEDZ składane w celu jego uzupełnienia nie mogą być traktowane jako ważne oświadczenia wykonawcy z uwagi na to, że nie są podpisane – ich złożenie jest bezskuteczne.

Zarzut 6

Odwołujący podał, że zamawiający 07.03.2021 r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego, w odpowiedzi na co przystępujący W złożył 09.03.2021 r. pismo, o treści: *W związku z zbliżającym się końcem terminu związania ofertą oraz pismem numer MPWiK/0408/PW/57/ZP5/DEOŚ/POIIS/02/2021 z dnia 08.03.2021 Aneks nr 2 do wadium nr 280000183743 oraz Aneks nr 2 do wadium nr 280000183760. W załączeniu: Aneks nr 2 do wadium nr 280000183743 (oryginał) Aneks nr 2 do wadium nr 280000183760 (oryginał)*

Podniósł, że pismo nie zawierało oświadczenia wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Podkreślił, że w celu skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą konieczne są dwa elementy:

1. oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą – zgodnie

- z wnioskiem zamawiającego, który określa termin przedłużenia,
2. przedłużenia terminu ważności wadium, albo złożenia nowego wadium.

Wskazał, że przystępujący W nie dopełnił pierwszego obligatoryjnego elementu, tj. nie potwierdził, że przedłuży termin związania ofertą do dnia 21 maja 2021 r., tj. do daty wskazanej w treści wezwania.

Zaznaczył, że 17.02.2021 r. przystępujący W złożył pismo o analogicznej treści, ale w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia ważności samego wadium w trybie art. 184 ustawy Pzp; przedmiotowe pismo dotyczyło wyłącznie przedłużenia ważności wadium, zaś pismo z 09.03.2021 r., które było kierowane do zamawiającego, ale już w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia terminu ważności oferty wraz z przedłużeniem ważności wadium miało analogiczną treść co pismo z 17.02.2021 r. dotyczące przedłużenia tylko ważności wadium wobec czego nie sposób odczytywać z treści pisma złożonego przez przystępującego 09.03.2021 r. niczego innego jak tylko oświadczenia w zakresie przedłużenia ważności wadium.

Zarzut 7

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, z nieznanymi mu powodów, nie podał, dlaczego w zakresie kryterium doświadczenia osób, nie przyznał mu punktów.

Wskazał, że Informacja o wyniku postępowania ma łącznie 17 stron (na 2 zadania) i szeroko zostały w niej opisane podstawy wykluczenia konsorcjum Control Process, natomiast w ogóle nie wskazano, dlaczego odwołujący nie otrzymał maksymalnej liczby punktów.

Podniósł, że taka informacja jest konieczna, ponieważ zamawiający musi równo traktować wszystkich wykonawców.

Stwierdził, że zamawiający nie przyznał mu punktów z uwagi na to, że inwestycje wskazywane przez niego w przypadku Eksperta nr 6 wykraczały poza okres 3 lat, o którym mowa w kryterium, z czym odwołujący się zgadza, jednak wykonawca wybrany także nie powinien otrzymać punktów w tym zakresie.

Podniósł, że brzmienie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp należy odczytywać w całości – uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczy również punktacji i punktacji łącznej, jaką zamawiający ma obowiązek opublikować zgodnie art. 92 ust. 1 pkt 1.

Podsumował, że brak uzasadnienia faktycznego do braku przyznania punktów stanowi rażące naruszenie prawa, informacja taka jest konieczna, ponieważ odwołujący powinien mieć możliwość zakwestionowania tej czynności w środkach ochrony prawnej, a bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego do punktacji nie ma możliwości prawidłowego odwołania się.

Zarzut 8

Odwołujący stanął na stanowisku, że doświadczenie projektanta wskazywane w ramach kryteriów oceny ofert musiało jednocześnie spełniać minimalne wymagania określone w warunkach udziału w postępowaniu. Stwierdził, że punktowane było nie każde doświadczenie, ale takie które spełnia wymagania minimalne (z warunku) – w tym 3-letni okres przed niniejszym postępowaniem, w którym powinny zostać wykonane roboty wskazywane w ramach doświadczenia.

Wskazał, że przystępujący W w ramach tego kryterium otrzymał maksymalną liczbę punktów, mimo że doświadczenie osoby wskazywanej w Wykazie osób wykraczało poza 3-letni okres przed niniejszym postępowaniem.

Podniósł, że termin realizacji każdej ze wskazanych przez przystępującego W inwestycji przekracza wymóg ostatnich trzech lat toteż oświadczenie to nie powinno być punktowane – nie odpowiada wymaganiom minimalnym ustanowionym w niniejszym postępowaniu w zakresie terminu zdobycia tego doświadczenia.

Zarzut 9.

Jak wskazał sam odwołujący w odwołaniu (str. 22 pkt IX) zarzut ma charakter wynikowy – w związku z naruszeniami opisanymi w poprzednich zarzutach – zamawiający wybrał ofertę w sposób wadliwy i czynność ta zasługuje na unieważnienia, a badanie i ocena ofert – na powtórzenie.

KIO 1124/21

W tym samym postępowaniu odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Control Process Silesia Sp. z o.o. (lider) oraz Control Process S.A. z siedzibą dla lidera: al. W. Roździeńskiego 188/222 40-203 Katowice (dalej „odwołujący CP”).

Odwołujący CP złożył odwołanie wobec:

1. czynności wykluczeniu odwołującego CP z postępowania,
2. zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego W,
3. wyboru oferty przystępującego W jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
 1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez wykluczenie odwołującego na tej podstawie pomimo niezastnienia okoliczności wskazanych w tych przepisach,
 2. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez wykluczenie odwołującego wskazując na rzekome niespełnienie warunków udziału – wobec nieskorzystania z możliwości wezwania do wyjaśnień i przy nierównym traktowaniu

wykonawców, polegającym na wielokrotnym wzywaniu faworyzowanego wykonawcy do uzupełnień w analogicznej sytuacji,

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3, poprzez dwukrotne wzywanie przystępującego W o ten sam dokument (JEDZ) w sytuacji, gdy zamawiający winien uznać, że konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
5. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum w sytuacji gdy wprowadziło ono zamawiającego w błąd co do okoliczności mającej wpływ na spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego W jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego CP z udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia przystępującego W z udziału w postępowaniu,
4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego CP.

Odwołujący stanął na stanowisku, że decyzja o wykluczeniu go z postępowania jest pozbawiona podstaw faktycznych jak i prawnych.

Wskazał, że zamawiający skupił się na badaniu zasobów podmiotu trzeciego, na których odwołujący już nie polega – pismem z 25 lutego 2021 r. poinformował zamawiającego, że wobec braku możliwości podjęcia się realizacji części zamówienia przez firmę WITKOWTZ ENVI a.s. – co powoduje brak możliwości polegania na jej zasobach (wobec brzmienia art. 22a ust. 4 ustawy Pzp) firma ta przestała być uczestnikiem postępowania.

Zdaniem odwołującego nie doszło do etapu, w którym zostałyby przedstawione przez odwołującego oświadczenia i dokumenty dotyczące firmy WITKOWTZ ENVI a.s. (nie doszło do etapu badania czy odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia tego podmiotu – zgodnie bowiem z pkt 2.14 IDW: *„Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosuje procedurę opisaną w art 24 aa tj. najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.”*

Stanął na stanowisku, że decyzja o wykluczeniu odwołującego jest przedwczesna i nie oparta na badaniu dokumentów.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z przepisami art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentami na podstawie których zamawiający ocenia spełnianie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej są: wykaz robót budowlanych, referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Podkreślił, że dokumenty takie – w zakresie firmy WITKOWTZ ENVI a.s. – nie zostały zamawiającemu przedstawione, zatem nie miał on żadnych podstaw do badania robót budowlanych zrealizowanych przez tą firmę, gdyż roboty takie nie zostały wskazane.

Stwierdził wobec powyższego, że zamawiający badał jedynie własne domysły, a nie przedstawione przez wykonawcę fakty.

W ocenie odwołującego do badania faktów, tj. robót referencyjnych mogłoby dojść wyłącznie po przedstawieniu przez odwołującego wykazu robót budowlanych, nie został (w zakresie robót firmy WITKOWTZ ENVI a.s.) przedstawiony tym samym nie doszło do precyzyjnego wskazania robót na których wykonanie firma WITKOWTZ ENVI a.s. się powołuje.

Uznał, że oświadczenie złożone w tym zakresie w dokumencie JEDZ nie jest wystarczające, podkreślając, że zamawiający zdaje sobie z tego sprawę, gdyż wymaga przedłożenia wykazu robót wraz z dowodami ich należytego wykonania.

Stwierdził, że rzekome dowody, w których posiadaniu ponoć jest zamawiający (w przypadku prac dla gminy Pangauriszte dot. daty zakończenia realizacji oraz podmiot realizujący; w przypadku gminy Asenovgrad dot. zakresu zrealizowanych prac), wbrew twierdzeniom zawartym w „Informacji o wyniku postępowania” nie dowodzą złożenia przez odwołującego nieprawdziwych oświadczeń.

W ocenie odwołującego firma WITKOWITZ ENVI a.s. spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia; potwierdziła to osoba uprawniona do reprezentacji WITKOWITZ ENVI a.s., będąca doktorem prawa, składając oświadczenie z pełną świadomością odpowiedzialności za jego treść.

Wskazał, że sam zamawiający podał, że dowody te dotyczą innych robót, innej firmy, podnosząc że fakt wykonywania innych robót w innym okresie przez inne firmy nie falsyfikuje twierdzeń firmy WITKOWTZ ENVI a.s.

Zwrócił uwagę, że wskazane przez zamawiającego dokumenty nie zostały przedstawione.

Stanął na stanowisku, że nawet jeśli przyjąć, że wykonywane przez firmą WITKOWTZ ENVI a.s. roboty nie odpowiadały zakresem lub wartością robót wymaganom określonym

przez zamawiającego, to nie stanowi to o wprowadzeniu w błąd, a nakazuje postąpić zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wobec czego zamawiający nadużywa instytucji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w stosunku do odwołującego w celu realizacji z góry ustalonej strategii wyboru swojego faworyta, którym jest konsorcjum.

Uzupełnił, że ww. przepis analogiczną zasadę ustanawia dla sytuacji, gdy zachodzi wobec podmiotu trzeciego podstawa wykluczenia; tym samym zamawiający winien wezwać odwołującego zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego WITKOWTZ ENVI a.s. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania prac, a nie wykluczać z postępowania.

Podtrzymał swoje stanowisko, że nie wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż działał na podstawie wiarygodnych i udokumentowanych informacji udostępnionych mu przez podmiot trzeci WITKOWTZ ENVI a.s., tj. pracownicy odwołującego przygotowujący ofertę weryfikowali telefonicznie w gminach Pangauriszte oraz Asenovgrad fakt wykonywania prac, jak również w toku tele i wideokonferencji z przedstawicielami firmy Witkowitz potwierdzano zakres posiadanego przez tę firmę doświadczenia, zdobytego m.in. podczas realizacji prac w gminach Pangauriszte oraz Asenovgrad. Oświadczył, że każdorazowo przedstawiciele firmy Witkowitz podkreślali, że realizowane przez ich firmę prace były pracami wykonywanymi na działającej (będącej po uruchomieniu) oczyszczalni ścieków i obejmowały zwiększenie jej funkcjonalności o moduł przeróbki osadów.

Wskazał, że nawet jeśli w toku szczegółowego badania zakresu tych prac *okazałoby się, że w ocenie zamawiającego nie potwierdza on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to „Nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2020 r. KIO 197/20).*

Stwierdził, że pogląd o niedopuszczalności samodzielnego zastąpienia podmiotu trzeciego nie znajduje poparcia doktrynie i orzecznictwie.

Wedle odwołującego z cytowanych orzeczeń wcale nie wynika zakaz samodzielnego zastąpienia podmiotu trzeciego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w istocie orzecznictwo to potwierdza obligatoryjność wezwania do takiej zmiany, jak również potwierdza zawartą w opinii Urzędu Zamówień Publicznych tezę, że „Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci” – a wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest

ostatnim momentem, w którym wykonawca może to zrobić.

Spekulował, że mógłby w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawić żadnych dokumentów firmy WITKOWTZ ENVI a.s., ograniczając się do przekazania informacji, że wobec oświadczenia tej firmy odwołujący CP nie może w dalszym toku postępowania polegać na jej zasobach, co spowodowałoby konieczność wystosowania przez zamawiającego wezwania z art. 26 ust. 3 lub 22a ust. 6, co jedynie przedłużyłoby procedurę.

Uzupełnił, że zamawiający wyznaczył końcowy termin realizacji datą sztywną, toteż w interesie obu stron jest maksymalne przyspieszenie procedury, aby wykonanie zadania w tym terminie było możliwe.

Zwrócił uwagę, że w piśmie z 25 lutego 2021 r. wskazał: *„już po złożeniu oferty Wykonawca powziął informację, że w aktualnej sytuacji firma WITKOWTZ ENVI a.s. nie ma możliwości podjęcia się realizacji zamówienia ze względów na zmiany wewnątrzorganizacyjne spółki. Zmiany te nie mają związku z zasobami, których podmiot ten używa wykonawcy w celu spełnienia wymogów postępowania. W związku z tym, w celu zachowania należytej staranności, ale również by nie wydłużać niepotrzebnie procesu przetargowego Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu niniejszym informuje o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego: OHL ZS a. s. z siedzibą w Brnie (Czechy) - na dowód czego przedkłada zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, oraz dowód spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych (doświadczenia) w postaci referencji. W przypadku uznania przez Zamawiającego, że zastąpienie podmiotu może nastąpić tylko na wniosek Zamawiającego, zwracamy się z prośbą o przesłanie stosownego wniosku. Wykonawca w takim przypadku ponownie przedstawi podmiot OHL ZS, a.s., będący podmiotem spełniającym warunki udziału w postępowaniu oraz wobec którego nie zachodzą przesłanki wykluczenia.”*

Powołał się na wyroki KIO, które potwierdzają możliwość samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego, w szczególności:

1. z dnia 1 czerwca 2018 r. KIO 941/18 – *„Nadal aktualna jest reguła jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Treść przepisu art. 22a ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 1986) nie stanowi odrębnej podstawy do kolejnego wezwania o uzupełnienie tego samego dokumentu. Przepis ten umożliwia wykonawcy w momencie otrzymania wezwania zmianę sposobu wykazania spełniania warunku przez powołanie się na inny podmiot trzeci lub samodzielne jego wykazanie.”*

2. z dnia 31 stycznia 2020 r. KIO 91/20 – „*Niniejszy skład orzekający podziela jednakże pogląd wyrażany wcześniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym przepisy ZamPublU nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ZamPublU (tu w trybie art. 22a ust 6 ZamPublU). (...)W konsekwencji, uznać również należy, że w przypadku, gdy wykonawca samodzielnie dokonał przedmiotowej zmiany, obowiązkiem zamawiającego było wziąć pod uwagę złożone przez wykonawcę oświadczenie,*”

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z dokumentacją postępowania (pkt 5.3. lit. j, k) zamawiający ustanowił obowiązek złożenia wykazu osób oraz oświadczeń na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy, tym samym, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wykazy te są dokumentami na okoliczność potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału.

Zauważył, że jeśli zamawiający miał zamiar opierać się wyłącznie na dokumencie JEDZ, to żądanie złożenia wykazów byłoby całkowicie nieracjonalne.

Podniósł, że z dokumentacji postępowania nie wynikał poziom oczekiwanej przez zamawiającego szczegółowości wypełnienia dokumentu JEDZ, kierując do odwołującego wezwanie z dnia 18 stycznia 2021 r. zamawiających także nie wskazał precyzyjnie poziomu szczegółowości danych, ograniczając się do ogólnego stwierdzenia, że wzywa „do uzupełnienia tego punktu tak, aby z jego treści Zamawiający mógł uzyskać informacje, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednimi osobami”.

Uznał, że jeśli zamawiający uważał za konieczne precyzyjne wskazanie powierzchni hali w JEDZ, to był zobowiązany skorzystać z art. 26 ust. 3; zamawiający mógłby twierdzić, że podana informacja nie nadaje się do uzupełnienia lub wyjaśnienia w przypadku, gdyby z oświadczenia złożonego w JEDZ wynikało, że hala przy budowie której p. W. T. uczestniczył ma powierzchnię mniejszą niż 2000m².

Oświadczył, że w JEDZ została wskazana inwestycja, na doświadczenie przy realizacji której się powołuje w zakresie p. W. T. zatem możliwe jest jednoznaczne określenie powierzchni hali.

W odniesieniu do rażąco nierównego traktowanie wykonawców odwołujący wskazał,

że zamawiający, 10 lutego 2021 r. wzywając przystępującego W, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu EDZ wyczerpał możliwość wzywania o ten dokument.

Stwierdził jednocześnie, że zamawiający dwukrotnie wezwał przystępującego W o te same informacje.

Podniósł, że pomimo wezwania z 10.02.2021 r. zamawiający 15. 03. 2021 r. ponownie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał do uzupełnienia dokumentu JEDZ, co jest rażącym naruszeniem przepisów prawa i utrwalonych zasad jednokrotności wezwania i wskazuje na rażącą nierówność traktowania wykonawców.

Wskazał, że zamawiający brak informacji o dokładnym metrażu wybudowanej hali uznał za wystarczający do wykluczenia odwołującego, zaś w przypadku swojego „poważnego kandydata” wzywa go po raz drugi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ, w tym samym zakresie.

Wskazał nadto, że zamawiający także nierówno traktuje wykonawców w zakresie ekspertów – brak informacji o metrażu hali uznał za nieusuwalny błąd w ofercie odwołującego, zaś w zakresie przystępującego W umożliwia znacznie szersze uzupełnienia, wskazując, że: *jako Ekspert nr 9 projektant branży drogowej została wskazana Pani E. S. zacytowane zostało doświadczenie wskazane w SIWZ i wskazano jako doświadczenie tej osoby zadanie „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącej oczyszczalni ścieków w m. Ustka”, Osoba ta miała się wykazać doświadczeniem z branży drogowej, a wskazano jako zadanie oczyszczalnie ścieków, czyli zadanie z branży wodno-ściekowej. W związku z tym prosimy o uzupełnienie doświadczenia Eksperta nr 9 poprzez wskazanie innego zadania spełniającego wymóg doświadczenia jakim ma się wykazać Ekspert 9 lub wykazanie czy w ramach wskazane zadanie „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącej oczyszczalni ścieków w m. Ustka” obejmowało wykonanie drogi lub placu manewrowego lub parkingu i osoba ta pełniła w ramach tego zadania funkcję projektanta z branży drogowej”*

Ponownie stwierdził, że w przypadku odwołującego brak informacji o powierzchni hali jest wystarczający do odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy, zaś w przypadku przystępującego W brak informacji o tym, czy dana osoba w ogóle realizowała zakres prac wymagany zgodnie z SIWZ jest wyłącznie podstawą do wezwania o (ponowne) uzupełnienie dokumentu JEDZ.

Zdaniem odwołującego CP zamawiający winien wobec powyższego wykluczyć przystępującego W z udziału w postępowaniu, a nie wzywać ponownie o uzupełnienie JEDZ, jak również wobec niewykazania przez Eksperta nr 9 spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zaniechania wykluczenia przystępującego W wobec wprowadzenia

w błąd podał, że przystępujący jako osobę, którą dysponuje na stanowisko Eksperta nr 5 (Specjalista technolog w branży sanitarnej) wskazał p. M. N. .

Wyjaśnił, że osoba ta została także wskazana na to stanowisko przez odwołującego CP, przy czym odwołujący CP dysponuje oświadczeniem tej osoby o woli podjęcia współpracy z odwołującym CP w ramach realizacji tego zadania.

Podał nadto, że przystępujący W wskazał, że dysponuje osobą p. M. N. na podstawie umowy zlecenia, podczas gdy z informacji uzyskanych przez odwołującego CP od tej osoby, nie potwierdziła ona, aby zawarła taką umowę z przystępującym W. Uzupełnił, że zawarcie takiej umowy stałoby w sprzeczności ze zobowiązaniem do wzięcia udziału w realizacji projektu z odwołującym CP.

Uznał, że powyższe okoliczności potwierdzają, że przystępujący W wprowadził zamawiającego w błąd co do istotnych okoliczności, tj. zawarcia przez przystępującego W i p. M. N. umowy zlecenia obejmującej realizację zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, która to umowa jest podstawą wskazania p. M. N. jako Eksperta nr 5.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta DVD) – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołania – pisma przystępującego W z 7 czerwca 2021 r. wraz z załącznikami (odrębne w odniesieniu do obu spraw), Pisma przygotowawczego odwołującego z 7 czerwca 2021 r. (w sprawie o sygn. akt KIO 1124/21), Pisma procesowego Przystępującego (Hydro Marko Sp. z o.o. Sp. k.) z 7 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1124/21), materiałów złożonych na rozprawie przez odwołującego – Hydro Marko Sp. z o.o. Sp. k., a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do obu postępowań odwoławczych w przedmiotowej sprawach zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa

nPzp”], ponieważ zostały one wszczęte przez wniesienie odwołań w dniu 12 kwietnia 2021 r.,

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – co nie było kwestionowane, czym odwołujący wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020): *„Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.”* [tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.] wobec wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia 7 października 2020 r. oraz tego, że nie zostało ono w 2020 roku zakończone (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 kwietnia 2021 r.), skład orzekający Izby ustalił, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

KIO 1106/21

Zarzuty (1 i 2) dotyczące naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego W, względnie wezwania wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia Wykazu osób, z uwagi na to, że w zakresie doświadczenia P. H. wskazanego w Wykazie osób do pełnienia funkcji Kierownika budowy w sposób niejednoznaczny i nieprawidłowy uzupełniono informacje dotyczące doświadczenia tej osoby, uniemożliwiając ustalenie czy roboty wskazywane w doświadczeniu były faktycznie wykonywane oraz jaką funkcję pełnił P. H. w ramach tych robót, a ponadto wskazana osoba nie posiada uprawnień pozwalających na pełnienie funkcji kierownika budowy w niniejszym zamówieniu, co spowodowało brak potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu oraz było wprowadzeniem w błąd zamawiającego co do istotnych elementów oferty, decydujących o punktacji w ramach kryterium oceny ofert,
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyznanie przystępującemu W maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu – Ekspert nr 2 – Kierownik Budowy, pomimo, że przystępujący wpisał informacje w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika

budowy P. H. w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający weryfikację prawdziwości tego oświadczenia, a ponadto osoba ta nie posiada uprawnień do pełnienia funkcji kierownika budowy w niniejszym zamówieniu nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający wskazał – w odniesieniu do eksperta nr 2 – Kierownika budowy, następujące wymagania:

a) *Ekspert 2 - Kierownik Budowy (1 osoba) (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) – niniejsza osoba ma posiadać następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz uprawnienia:*

- *wykształcenie wyższe techniczne,*
- *doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji przynajmniej jednej roboty budowlanej dotyczącej budowy / modernizacji / przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości min. 3 000 m³/d, o wartości robót co najmniej 20 000 000,00 PLN netto.*
- *uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wydane na podstawie aktualnych przepisów Prawa Budowlanego lub dla osób, które uzyskały uprawnienia przed 1994 r. uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji i urządzeń sanitarnych lub w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych lub w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych lub w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych lub która na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. nr 8, poz. 46) uzyskała uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynierskiej lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy prawo budowlane oraz ustawy „o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220).*

Przystępujący na stanowisko kierownika budowy wskazał P.H.

Jednocześnie zamawiający przewidział, że podda ocenie doświadczenie kierownika budowy w ramach kryterium oceny ofert:

„Ekspert nr 2 – Kierownik budowy – maksymalnie 20 punktów (E2),

Ekspert nr 2 – Kierownik Budowy za pełnienie funkcji kierownika budowy dla każdej dodatkowej roboty budowlanej, ponad wymagane minimum określone w warunkach udziału w postępowaniu dla Eksperta nr 2, dotyczącej budowy / modernizacji / przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości min. 3 000 m³/d, o wartości robót co najmniej 20 000 000,00 PLN netto otrzyma 10 punktów.

Maksymalna liczba punktów dla Eksperta nr 2 – Kierownika Budowy wynosi 20 punktów.

W przypadku wykazania więcej niż 2 dodatkowych robót budowlanych dla Eksperta nr 2 zostaną uznane maksymalnie 2 roboty, za które zostanie przyznanych łącznie 20 pkt. Doświadczenie Eksperta w celu uzyskania punktów powinno być wskazane w załączniku nr 6 – zadanie 1 zgodnie ze wzorem umieszczonym w części III IDW.

W odniesieniu do wskazanego P.H. przystępujący W wskazał w załączniku nr 6 do IDW (Wykaz osób) 3 roboty budowlane (wskazał je odwołujący na str. 6 pkt 5 odwołania).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut na błędnej wykładni warunku udziału w postępowaniu, przyjmując że wskazany przez przystępującego W kierownik budowy P.H., który uzyskał uprawnienia przed 1994 rokiem – Decyzja nr 291/PW/92 z dnia 5 czerwca 1992 r. musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Dostrzeżenia wymaga, że warunek dopuszczał legitymowanie się przez kierownika robót budowlanych uprawnieniami uzyskanymi na podstawie aktualnych przepisów Prawa budowlanego [1], uzyskanymi „przed 1994 r.” [2], uzyskanymi na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.nr 8, poz. 46) [3] oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw EOG oraz Konfederacji Szwajcarskiej (...) (Dz.U. z 2020 r. poz. 220).

Podnieść należy, że jedynie w odniesieniu do uprawnień wydanych na podstawie Prawa budowlanego zamawiający zażądał, aby było to uprawnienia „bez ograniczeń”. Wymogu tego nie powtórzono w odniesieniu do uprawnień uzyskanych w inny sposób (na podstawie innych przepisów)

Przesądza to o bezzasadności oczekiwania posiadania przez P.H. uprawnień „bez ograniczeń”, ponieważ uzyskał on uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi przed 1994 rokiem, w odniesieniu do których zamawiający wskazał „jedynie” – „w specjalności

instalacji i urządzeń sanitarnych lub w specjalności instalacyjno- inżynieryjnej w zakresie sieci sanitarnych lub w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych".

Wskazaną wyżej Decyzją P.H. uzyskał uprawnienia w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych (czego odwołujący nie kwestionował), co odpowiada, koresponduje z postawionym warunkiem.

Nie znajduje także umocowania w postanowieniach SIWZ zarzut odwołującego, że przystępujący W nie przedłożył decyzji o nadaniu uprawnień. Sam odwołujący podstawy takiej w treści SIWZ nie wskazał.

W zakresie niejednoznacznego opisu robót w odniesieniu do doświadczenia P.H., tj. braku „*ich dookreślenia wymaganego w takiej sytuacji (np. nazwa zamówienia, termin realizacji*” (str. 7 pkt 7 odwołania) wskazać należy, że informacje podane przez konsorcjum W są wystarczające z perspektywy wymogów SIWZ w zakresie spełniania warunku, jak i w zakresie informacji niezbędnych do oceny doświadczenia w kryterium „Doświadczenie personelu” – w obu przypadkach niezbędne było podanie czy robota polegała na budowie, modernizacji, przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków komunalnych, jej przepustowości i wartości robót. Wszystkie te informacje ujęto w Wykazie osób w przypadku P.H.

Nie ma także wątpliwości co do funkcji, jaką na ujętych w Wykazie robotach pełnił P.H. – wprost podano, że chodzi o funkcję kierownika budowy. Potwierdził to także odwołujący, pisząc „*Wykaz o takiej treści – z której jednoznacznie miało wynikać, że w ramach wszystkich ze wskazanych w wykazie robót – p. H. pełnił funkcję kierownika budowy – stanowiło wprowadzenie zamawiającego w błąd*” (str. 9 trzeciej akapit odwołania).

Wątpliwości odwołującego co do doświadczenia P.H., tj. co do pełnienia przez P.H. funkcji kierownika budowy w ramach inwestycji „Oczyszczalnia ścieków Fordon w Bydgoszczy” powstałe na tle CV tej osoby (i to z innego postępowania) pozostają wątpliwościami samego odwołującego. Odwołujący nie wykazał iżby P.H., wbrew oświadczeniu zawartemu w Wykazie osób, nie pełnił w ramach kwestionowanej inwestycji funkcji kierownika budowy.

Ocena odwołującego, że taki zestaw informacji, jak w Wykazie osób nie jest wystarczający „*w takiej sytuacji*”, pozostaje bez znaczenia w świetle wymagań SIWZ. Jeśli te informacje – wedle odwołującego – nie były wystarczające, mógł je zakwestionować, składając odwołanie wobec treści SIWZ.

Uzupełniając dostrzec należy, że przystępujący W w swoim stanowisku pisemnym

podał, że P.H. „pełnił przy pracach związanych z „Oczyszczalnią Ścieków „Fordon” zarówno funkcję kierownika budowy , jak też funkcję kierownika robót – ale w różnych okresach i przy dwóch różnych inwestycjach”, co uzasadnia brak podania w CV pełnienia jednej funkcji.

Brak wobec powyższego podstaw do przypisania przystępującemu W przedstawienia jakichkolwiek informacji nieprawdziwych oraz do wezwania go uzupełniania Wykazu osób

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (3) dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego W do wyjaśnień w zakresie robót wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmiot trzeciej, wykonawcę HUSAR inwestycji „Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych”, która była wykonywana przez tego wykonawcę w ramach konsorcjum, a nie samodzielnie nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący zakwestionował jedną z pozycji wskazanych przez przystępującego W w Wykazie robót (zasób podmiotu trzeciego, na zasobach którego przystępujący W polega – Husar Sp. z o.o.), tj. „Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych” z tego względu, że robota ta była wykonywana w ramach konsorcjum, a załączony Protokół odbioru robót rzeczowo-finansowy „nie zawiera informacji w jaki zakresie wykonawca HUSAR wykonywał prace – tj. na czym polegał jego udział w realizacji inwestycji w Chojnicach.”

Odwołujący pominął jednak, że przystępujący W złożył wszystkie wymagane treścią SIWZ dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku, tj. Wykaz robót (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ), a także referencje odbiorcy robót, tj. Miejskich Wodociągów Sp. z o.o. z Chojnic z 30 lipca 2021 r., w którym potwierdzono należyte wykonanie robót – „(...) Konsorcjum firm wykonało powyższe roboty zgodnie z umową, projektem technicznym, zasadami sztuki budowlanej oraz z należytą starannością” wobec czego uznać należało, że wykazał, w sposób przewidziany w SIWZ, że spełnia warunek.

Przystępujący W złożył także dodatkowo, w odniesieniu do podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega – Husar Sp. z o.o., Protokół odbioru robót rzeczowo-finansowy, który w świetle SIWZ nie stanowił podstawy oceny spełniania warunku, a który wzbudził wątpliwości odwołującego (odwołujący ocenił dokument jako niejednoznaczny).

To jednak nie na podstawie informacji z Protokołu zamawiający miał weryfikować spełnianie warunku udziału w postępowaniu wobec czego ocena odwołującego, że „Na

podstawie tych informacji – Zamawiający nie mógł prawidłowo ocenić, czy wykonawca HUSAR a w konsekwencji Konsorcjum WUPRINŻ – spełniało warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.” pozostaje, przy braku wykazania przez odwołującego okoliczności przeciwnych do tych wynikających z Wykazu robót i referencji, bez znaczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (4) dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia i poprzez dwukrotne wezwanie przystępującego W do uzupełnienia dokumentu JEDZ konsorcjanta w tym samym zakresie nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”*

Poza sporem był fakt, że zamawiający dwukrotnie, tj. w dniu 10 lutego 2021 r. i w dniu 15 marca 2021 r. wzywał przystępującego W, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów JEDZ (lidera, partnera konsorcjum Procolor Sp. z o.o. oraz podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A.).

Nie było także sporu co do tego, że w wezwaniach zamawiający powielił żądanie uzupełnienia tych samych informacji.

Odwołujący twierdząc, *„Pierwsze wezwanie wystosowano w dn. 10.02.2021 r. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum złożyło częściowo tylko uzupełnione dokumenty JEDZ.”* (str. 14 odwołania ostatni akapit) nie wskazał, których informacji, które wskazał zamawiający w wezwaniu, zabrakło w uzupełnionym dokumencie JEDZ.

O ile skład orzekający Izby podziela, wyrażony także w przywołanym przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. sygn. akt KIO 430/21, pogląd o dopuszczalności jedynie jednokrotnego wezwania wykonawcy, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia tego samego dokumentu w tym

samym zakresie, o tyle dostrzec należy, że drugiemu wezwaniu zamawiającego (z dnia 15 marca 2021 r.) należy przypisać jedynie techniczne znaczenie, ponieważ nie doprowadziło do zmiany treści JEDZ złożonego przez konsorcjum W na pierwsze wezwanie zamawiającego. Odwołujący ani nie wykazał, że na pierwsze wezwanie przystępujący W złożył częściowo tylko uzupełniony dokument JEDZ, ani nie wykazał, że dokument JEDZ złożony na pierwsze wezwanie różnił się od dokumentu złożonego na drugie wezwanie (co do informacji tożsamy w obu wezwaniach).

Uwzględniając powyższe uznać należy, że złożenie dokumentu JEDZ w odpowiedzi na drugie wezwanie nie miało znaczenia. Nie miało także w tym stanie rzeczy znaczenia to, czy złożony na powtórne wezwanie zamawiającego dokument JEDZ został podpisany. Jego ewentualna bezskuteczność pozostaje, w kontekście sformułowanego zarzutu, bez znaczenia.

Co do dokumentu JEDZ złożonego na pierwsze wezwanie skład orzekający Izby ustalił, że został on podpisany, ponieważ w przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania znajduje się Raport z dnia 15 lutego 2021 r. godz. 12"43"25 o poprawnej weryfikacji podpisu pliku „2 JEDZ PROCOLOR 11.02.2021 pdf. XAdES” przez P. U. w dniu 12 lutego 2021 r. o godz. 08:52:28.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (5) dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 73 § 1 kc i art. 78¹ § 1 kc, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego W z postępowania, mimo że JEDZ złożony przez konsorcjanta Procolor Sp. z o.o. wraz z ofertą nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto dokumenty JEDZ składane następnie dwukrotnie w odpowiedzi na wezwania do uzupełnienia nie zostały opatrzone podpisem nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie twierdził, że uzupełniony przez przystępującego W na pierwsze wezwanie dokument JEDZ konsorcjanta Procolor Sp. z o.o. nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale, że nie potwierdzał tego JEDZ konsorcjanta Procolor Sp. z o.o. złożony wraz z ofertą oraz, że składane dwukrotnie na wezwania do uzupełnienia dokumenty JEDZ konsorcjanta Procolor Sp. z o.o. nie zostały opatrzone podpisem nie potwierdził się.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że uzupełniony na pierwsze wezwanie zamawiającego dokument JEDZ konsorcjanta Procolor Sp. z o.o. został podpisany (zarzut

poprzedni) oraz, że dokument JEDZ złożony na ponowne wezwanie nie ma w tej sytuacji znaczenia (o czym także mowa w zarzucie poprzednim) oraz wobec tego, że odwołujący nie twierdził, że uzupełniony przez przystępującego W na pierwsze wezwanie dokument JEDZ konsorcjanta Procolor Sp. z o.o. nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (6) dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art. 85 ust. 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego W pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący W nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a jedynie przedłużenie ważności wadium nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 7 marca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego W do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium (wniesienie nowego wadium).

Na wezwanie to przystępujący W odpowiedział 9 marca 2021 r.: *„Dzień dobry, w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą przesyłam aneksy do gwarancji wadialnych oraz pismo wyrażające zgodę na termin związania ofertą do 21.05.2021 r.”*

W samym piśmie znalazło się oświadczenie: *„W związku z zbliżającym się końcem terminu związania ofertą oraz pismem numer MPWIK/0408/PW/57/ZP5/DEOŚ/POIIŚ/02/2021 z dnia 08.03.2021 Aneks nr 2 do wadium nr 280000183743 oraz Aneks nr 2 do wadium nr 280000183760”*.

Załączono także wskazane aneksy.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby podziela, wyrażany także w przywołanych przez odwołującego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1034/18 i KIO 1333/16 (str. 18 i 19 odwołania), pogląd, że choć instytucje przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia terminu ważności wadium są ze sobą powiązane, to jednak są to instytucje odrębne i nie jest wystarczające samo przedłużenie terminu ważności wadium – przedłużenie ważności wadium nie oznacza jednocześnie przedłużenia terminu związania ofertą, przedłużenie ważności wadium nie zastępuje przedłużenia terminu związania ofertą.

Jednak w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia „z zastąpieniem” przedłużenia terminu związania ofertą przedłużeniem terminu ważności wadium, ponieważ przystępujący, składając aneksy do gwarancji wadialnych, złożył także oświadczenie dodatkowe, które należy wyłożyć z zastosowaniem art. 65 § 1 k.c., tj. tak, jak tego wymagają

okoliczności, w których zostało złożone.

Trafnie okoliczności te wskazał przystępujący W w swoim stanowisku pisemnym z dnia 7 czerwca 2021 r., pisząc: „W odpowiedzi, Przystępujący w dniu 09.03.2021 r. zamieścił na platformie zakupowej oświadczenie woli: „Dzień dobry, w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą przesyłam aneksy do gwarancji wadialnych oraz pismo wyrażające zgodę na termin związania ofertą do 21.05.2021 r.”

Do oświadczenia zostały dołączone 2 aneksy do gwarancji wadialnych oraz pismo przewodnie nr L.dz. TP/43/III/2021, zatytułowane „przedłużenie terminu związania ofertą”.

W treści pisma przewodniego nie znalazło się sformułowanie o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale wynikało to z omyłkowego „ucięcia” części tekstu: „W związku z zbliżającym się końcem terminu związania ofertą oraz pismem numer MPWIK/0408/PW/57/ZP5/DEOŚ/POIIS/02/2021 z dnia 08.03.2021 Aneks nr 2 do wadium nr 280000183743 oraz Aneks nr 2 do wadium nr 280000183760”.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że między słowami „z dnia 08.03.2021” oraz słowami „Aneks nr 2 do wadium nr 280000183743” powinno się było znaleźć (i miało się znaleźć) wyrażenie „oświadczam, że wyrażam zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 21.05.2021 r. oraz przedkładam”. Potwierdza to brak logicznego przejścia do wymienienia aneksów w finalnie wysłanej wersji pisma, a także treść oświadczenia woli na platformie zakupowej: „przesyłam aneksy do gwarancji wadialnych oraz pismo wyrażające zgodę na termin związania ofertą do 21.05.2021 r.”

Uwzględniając powyższe okoliczności w jakich oświadczenie zostało złożone należy uznać, że przystępujący W skutecznie przedłużył nie tylko termin ważności wadium (co nie było kwestionowane), ale także skutecznie przedłużył termin związania ofertą do dnia 21 maja 2021 r. (wybór oferty przystępującego W jako najkorzystniejszej – informacja z dnia 1 kwietnia 2021 r. – nastąpił w terminie związania ofertą).

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (7) dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1, poprzez brak podania informacji w zakresie braku przyznania punktów odwołującemu w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu), co spowodowało po stronie odwołującego obiektywne trudności w zidentyfikowaniu podstaw nieprzyznania maksymalnej punktacji odwołującemu w tym kryterium oraz odniesienia się do tego w odwołaniu potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Informacji o wyniku postępowania* z dnia 1 kwietnia 2021 r. zamawiający, w odniesieniu do oceny oferty odwołującego podał, że „w kryterium doświadczenie personelu

oferta otrzymała 35 pkt”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp brzmi: *„Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) (...) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (...) wykonawcy, którego ofertę wybrano, (...), a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne”*

Konfrontując wskazany przepis z informacją, jaką zamawiający podał w odniesieniu do oferty odwołującego, stwierdzić należy, że zamawiający nie wywiązał się z nałożonego nań obowiązku informacyjnego w zakresie informacji o punktacji przyznanej ofercie odwołującego.

Zamawiający wskazał wprawdzie liczbę punktów w obu ustanowionych w postępowaniu kryteriach – cena (60 pkt) oraz w doświadczenie personelu (35 pkt), a także punktację łączną (95 pkt) to jednak nie podał uzasadnienia co do przyznanej liczby punktów.

Wobec jednoznacznej regulacji ustawy Pzp w zakresie obowiązków informacyjnych zamawiającego co do przyznanej ofertom punktacji podanie bardziej szczegółowych informacji należy ocenić, dodatkowo także w świetle art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako konieczne.

Dostrzeżenia wymaga, że uwzględniając wskazany przez zamawiającego sposób oceny w kryterium „Doświadczenie personelu” stwierdzić należy, że wykonawca mógł maksymalnie uzyskać za doświadczenie ekspertów nr 2 i nr 6 (na każdej kolejnej oczyszczalni ścieków) 40 pkt., przy czym na maksymalną liczbę punktów składać się miały punkty cząstkowe – 10 (I dodatkowa oczyszczalnia eksperta nr 2) + 10 (II dodatkowa oczyszczalnia eksperta nr 2) + 10 (I dodatkowa oczyszczalnia eksperta nr 2) +10 (II dodatkowa oczyszczalnia eksperta nr 2).

W świetle powyższego przyznanie odwołującemu 35 pkt jawi się jako omyłka, jednak nie jest wiadomym i pewnym, czy zamawiający przyznał odwołującemu 30 pkt czy może jednak 40 pkt.

Kwestia ta jest kluczowa dla wskazania oferty najwyżej ocenionej (a także oferty najkorzystniejszej), a zatem kluczowa dla wyniku postępowania. Jeżeli bowiem oferta odwołującego otrzymałaby 40 pkt w kryterium Doświadczenie personelu, to właśnie ta oferta uzyskałaby największą liczbę punktów (cena oferty odwołującego była niższa niż cena oferty przystępującego W.)

Wobec powyższego skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a po jej dokonaniu poinformowanie w szczególności odwołującego o punktacji przyznanej w obu kryteriach oddzielnie oraz punktacji łącznej wraz z podaniem uzasadnienia swojej czynności (w szczególności w świetle przyjętego sposobu oceny ofert w kryterium Doświadczenie personelu).

Zarzut (8) dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyznanie przystępującemu W maksymalnej liczby punktów (tj. 20 punktów) w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia personelu – Ekspert nr 6 – Projektant branży technologicznej (sanitarnej), pomimo, że doświadczenie osoby wskazanej przez przystępującego nie dotyczy okresu ostatnich 3 lat nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Stan faktyczny – sposób oceny w kryterium oceny ofert dotyczącym projektanta branży technologicznej nie był sporny (brzmienie sposobu oceny odwołujący zaprezentował na str. 7 pkt 8 odwołania i nie było to kwestionowane).

Rację należy przyznać odwołującemu co do tego, że *„Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w powiązaniu z kryteriami oceny ofert”* (str. 21 pkt VIII ppkt 1 odwołania). Błędnie jednak interpretował odwołujący powiązanie pomiędzy warunkiem a kryterium dotyczącym projektanta branży sanitarnej, wnosząc że *„doświadczenie projektanta wskazywane w ramach kryteriów oceny ofert – musiało spełniać minimalne wymagania określone w warunkach udziału w postępowaniu”* (str. 21 pkt VIII ppkt 3 odwołania).

Brzmienie sposobu oceny w kryterium dotyczącym doświadczenia personelu – eksperta nr 6 (projektant branży technologicznej (sanitarnej) – użycie sformułowania *„za pełnienie funkcji (...) dla (...) każdej kolejnej oczyszczalni ścieków ponad wymagane minimum określone w warunkach udziału dla Eksperta 6”* nie daje ku takiemu wnioskowi podstaw.

Podnieść należy, że w sformułowaniu tym mowa o „każdej kolejnej oczyszczalni”, co niewątpliwie referuje do liczby oczyszczalni „na których” zdobyto doświadczenie, a zatem do minimalnej liczby dwóch oczyszczalni ścieków komunalnych wskazanej w warunku.

Za takim sposobem rozumienia przemawia także fakt, że zamawiający odwołał się jedynie do minimalnej przepustowości oczyszczalni, co byłoby zbędne gdyby sformułowanie „ponad wymagane minimum” miało oznaczać przeniesienie do kryterium wymogu – jak

twierdzi odwołujący – wszystkich wymogów z warunku. Tymczasem zamawiający ewidentnie ograniczył wymóg, wskazując jedynie minimalną przepustowość oczyszczalni.

Uznać zatem należało, że punktowanym doświadczeniem w przypadku eksperta nr 6 było doświadczenie na każdej kolejnej – na trzeciej i więcej (innej niż wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku) oczyszczalni ścieków o przepustowości 3 000 m³/d.

Odwołujący nie kwestionował, że w przypadku eksperta nr 6 na potrzeby oceny jego doświadczenia przystępujący W przedstawił inne niż na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu oczyszczalni ścieków stąd zasadnie zamawiający, uwzględniając wskazaną powyżej, zgodną z SIWZ interpretację sposobu przyznawania punktów, przyznał przystępującemu 20 pkt.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (9) dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, a sam wykonawca wykluczony z postępowania, oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej potwierdził się.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że nie potwierdził się żaden zarzut, którego konsekwencją byłoby odrzucenie oferty przystępującego W, a także wobec braku możliwości stwierdzenia obecnie, że oto oferta odwołującego winna uzyskać najwyższą punktację z zastosowaniem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Uzupełniająco podnieść należy, że odwołujący nie był wzywany do złożenia dokumentów (w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) wobec czego kwestia czy oferta odwołującego jest najkorzystniejsza (nawet jeśli okaże się ofertą najwyższej ocenioną) pozostaje otwarta.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

KIO 1124/21

Zarzuty:

- wykluczenia odwołującego CP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp pomimo niezrealizowania okoliczności wskazanych w tych przepisach,
- wykluczenia odwołującego CP ze względu na niespełnienie warunków udziału – wobec nieskorzystania z możliwości wezwania do wyjaśnień i przy nierównym traktowaniu wykonawców, polegającym na wielokrotnym wzywaniu faworyzowanego wykonawcy

do uzupełnień w analogicznej sytuacji,
nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający przewidział w prowadzonym przez siebie postępowaniu zastosowanie tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp – *„Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.”*

Wraz z ofertą odwołujący CP złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego – Witkowitz Envi a.s. z Czech (Ostrava-Vitkovice) do udostępnienia niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia zasobów, tj. zasobów w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej.

W samym zobowiązaniu powielono brzmienia ustanowionego przez zamawiającego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (nie opisano robót budowlanych mających stanowić doświadczenie podmiotu trzeciego). Również w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ wskazanego podmiotu trzeciego, składając oświadczenie o wykonaniu w okresie 5 lat robót budowlanych, opisano te roboty poprzez przywołanie brzmienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Pismem z dnia 8 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego CP, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełniania oświadczeń o udostępnieniu potencjału (nie tylko w odniesieniu do Witkowitz Envi a.s., ale także Biura Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o.) *„w ten sposób, aby z treści wynikało czy podmioty udostępniające potencjał posiadają wymagane w SIWZ doświadczenie, które udostępniają a tym samym czy Control (...) może się tym potencjałem wykazać w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”*.

Pismem z dnia 13 stycznia 2021 r. odwołujący CP udzielił odpowiedzi. Zakwestionował prawidłowość skierowania do niego wezwania z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (oczekując wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp), jednocześnie oświadczył, że *„firma Witkowitz S.A. (...) udostępnia nam swoje zasoby, w tym wiedzę i doświadczenie nabyte (...), w tym w szczególności: dla gmin Panagurishte, Bułgaria oraz Asenovgrad, Bułgaria”*, załączając *„zmodyfikowane zobowiązanie podmiotu trzeciego”*

W złożonym przy piśmie z dnia 13 stycznia 2021 r. zobowiązaniu Witkowitz Envi a.s. z Czech (Ostrava-Vitkovice) czytamy:

„1. Zakres zasobów, jakie udostępniamy Wykonawcy:

a) zdolność techniczna i zawodowa w zakresie wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbudowie przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, wykonywane podczas normalnej pracy obiektu będącego w ciągłej eksploatacji – w szczególności doświadczenie to obejmuje:

a) Oczyszczalnia ścieków Panagurishte, Bułgaria (Qśr = 3 000 m³/d, prace zostały zakończone 01.2016 r.) oraz

b) Oczyszczalnia ścieków Asenovgrad, Bułgaria (55 000 RLM, prace zostały zakończone 03.2019 r.).”

Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. zamawiający, ponownie powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego CP do m.in. uzupełnienia dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s., na co odwołujący CP udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 22 stycznia 2021 r. – ponownie zakwestionował prawidłowość skierowania do niego wezwania z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (oczekując wezwania na podstawie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczył: „Dotyczy części IV Kryteria kwalifikacji Sekcja C Zdolność techniczna lub zawodowa pkt 2 „Może skorzystać z usług następujących pracowników technicznych lub służb technicznych w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości...” oświadczeń JEDZ złożonych przez Control Process Silesia Sp. z o.o., Control Process S.A. oraz części IV Kryteria kwalifikacji Sekcja C Zdolność techniczna lub zawodowa pkt 1 a „Jedynie w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane: W okresie odniesienia wykonawca wykonał następujące roboty budowlane określonego rodzaju:...” oświadczeń złożonych przez Witkowitz Envi a.s oraz Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o.:

Wykonawca jest zaskoczony wymogiem zawartym w wezwaniu z dnia 18.01.2021 r. dotyczącym wpisania do oświadczeń JEDZ Wykonawcy danych dotyczących dysponowania odpowiednimi osobami, nawet tymi, którzy nie mają bezpośredniego wpływu na ocenę oferty oraz wymogiem podania w oświadczeniach JEDZ podmiotów trzecich, na zasobach których to Wykonawca polega nazw konkretnych robót, ich zakresu, wartości, dat oraz miejsc wykonania. Wykonawca pragnie przypomnieć, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował procedurę opisaną w art. 24 aa pkt 1 tj. tzw. „procedurę odwróconą” która otrzymała brzmienie cyt.: Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o

zamówieniu. Według ww. procedury złożyliśmy Państwu ofertę w której tylko oświadczyliśmy, że Wykonawca oraz go podmioty trzecie, na zasobach których on polega spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz, między innymi dysponują niezbędnym doświadczeniem technicznym oraz zawodowym i wymaganymi przez Zamawiającego osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Jednakże, w celu dotrzymania należytej staranności oraz biorąc pod uwagę zamiar nawiązania dobrej współpracy z Zamawiającym Wykonawca dokonał zmian w ww. punktach oświadczeń JEDZ Control Process Silesia Sp. z o.o., Control Process S.A., Witkowitz Envi a.s oraz Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego we Wrocławiu Sp. z o.o. i przekazuje Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniem uzupełnione oraz podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym ww. oświadczenia.”

W uzupełnionym dokumencie JEDZ Witkowitz Envi a.s podano m.in.:

„WITKOWITZ ENVI a.s. wykonały w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składnia ofert roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, wykonywane podczas normalnej pracy obiektu będącego w ciągłej eksploatacji – w szczególności doświadczenie to odniesieniu do najważniejszych robót obejmuje:

a) Oczyszczalnia ścieków Panagurishte, Bułgaria (Qśr = 3 000 m³/d, prace zostały zakończone 01.2016 r.) oraz o wartości ponad 6 mln EUR;

b) Oczyszczalnia ścieków Asenovgrad, Bułgaria (55 000 RLM, pracę zostały zakończone 03.2019 r.) oraz o wartości ponad 12 mln EUR.

Każda z ww. prac obejmowała wykonanie węzła przeróbki osadów.”

Pismem z dnia 15 lutego 2021 r., powołując się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego CP do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp; odwołujący w odpowiedzi, w piśmie z dnia 25 lutego 2021 r., oświadczył: „Zgodnie z art. 22a ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca – konsorcjum Control Process Silesia Sp. z o.o. – lider konsorcjum oraz Control Process S.A. – partner konsorcjum – w niniejszym postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich w zakresie zdolności zawodowej określonej w punkcie 4.2.3.1.1: Wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składnia ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, wykonywane podczas

normalnej pracy obiektu będącego w ciągłej eksploatacji, o przepustowości/wydajności średniodobowej nie mniejszej niż 3 000 m³/d, o wartości każdej z w/w nie mniejszej niż 20 000 000,00 PLN netto. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek określony w powyższym punkcie musi spełniać co najmniej jeden Wykonawca samodzielnie. Podmiotem pierwotnie wskazanym przez Wykonawcę, na którego zasobach polegał WITKOWITZ ENVI a.s. z siedzibą w Ostrawie (Czechy). Firma ta spełnia warunek doświadczenia, którego wymaga Zamawiający, niemniej już po złożeniu oferty Wykonawca powziął informację, że w aktualnej sytuacji firma WITKOWITZ ENVI a.s. nie ma możliwości podjęcia się realizacji zamówienia ze względu na zmiany wewnątrzorganizacyjne spółki. Zmiany te nie mają związku z zasobami, których podmiot ten używa wykonawcy w celu spełnienia wymogów postępowania. W związku z tym, w celu zachowania należytej staranności, ale również by nie wydłużyć niepotrzebnie procesu przetargowego Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu niniejszym informuje o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego: OHL ZS a. s. z siedzibą w Brnie (Czechy) – na dowód czego przedkłada zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, oraz dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych (doświadczenia) w postaci referencji.

W przypadku uznania przez Zamawiającego, że zastąpienie podmiotu może nastąpić tylko na wniosek Zamawiającego, zwracamy się z prośbą o przesłanie stosownego wniosku. Wykonawca w takim przypadku ponownie przedstawi podmiot OHL ZS, a.s., będący podmiotem spełniającym warunki udziału w postępowaniu oraz wobec którego nie zachodzą przesłanki wykluczenia.

Ponadto, żeby zachować należyłą staranność Wykonawca przesyła do Zamawiającego zaktualizowane jednolite europejskie dokumenty zamówienia (dalej: JEDZ) wykonawców Control Process Silesia Sp. z o.o. oraz Control Process S.A. wraz z JEDZ podmiotu trzeciego OHL ZS, a.s.”

Pismem z dnia 8 marca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego CP do złożenia wyjaśnień: „Złożone przez Państwa w dniu 25 lutego 2021 r. dokumenty nie dotyczyły pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego tj. firmy WITKOWITZ ENVI a.s. tylko nowego podmiotu trzeciego tj. OHL ZS a. s. z siedzibą w Brnie (Czechy). W piśmie przewodnim wskazaliście państwo, iż: (...) Z treści oświadczenia wynika, że wskazany pierwotnie podmiot trzeci WITKOWITZ ENVI a.s. spełnia warunki określone w SIWZ, ale WITKOWITZ ENVI a. s. nie ma możliwości podjęcia się realizacji zamówienia ze względu na zmiany wewnątrzorganizacyjne spółki. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie ma podstaw do tego, żeby zmienić samodzielnie podmiot trzeci na inny w sytuacji, gdy ten

dysponuje wymaganym w SIWZ potencjałem. W treści wyjaśnienia cytowanego powyżej wynika, że „...już po złożeniu oferty Wykonawca powziął informację, że w aktualnej sytuacji firma WITKOWTZ ENVI a. s. nie ma możliwości podjęcia się realizacji zamówienia...”. Zamawiający nie jest w stanie ocenić, kiedy powzięliście Państwo informacje, że ów podmiot nie będzie mógł uczestniczyć w realizacji zamówienia, poza tym, że miało to miejsce już po złożeniu oferty, co wskazujecie Państwo w wyjaśnieniu. Jednak Zamawiający pragnie zauważyć, że oferty zostały złożone w dniu 29.12.2020 r. i od tego czasu Państwo konsekwentnie potwierdzaliście, że WITKOWTZ ENVI a.s. jest podmiotem udostępniającym potencjał. Potwierdziliście to Państwo przedkładając na wezwanie Zamawiającego uzupełnione oświadczenie o udostępnieniu potencjału oraz uzupełnione JEDZ-e. Po upływie 2 miesięcy od złożenia oferty stwierdziliście Państwo, że jednak WITKOWTZ ENVI a. s. nie będzie mógł uczestniczyć w realizacji zadania co w ocenie Zamawiającego na tym etapie nie ma związku z potwierdzaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca po zawarciu umowy może dokonać zmiany podmiotu na potencjale którego będzie polegał. Urząd Zamówień Publicznych w oficjalnym piśmie pn. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” wskazuje wyraźnie „W sytuacji zatem, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.” W ocenie Zamawiającego wykonawca nie może dokonać samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego na inny w sytuacji w której Zamawiający nie stwierdzi, że ów podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu z postępowania. „Przepis art. 22a ust. 6 p.z.p. stanowi podstawę wprowadzenia, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty. Z istoty tego przepisu wynika zatem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też, gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia” - Wyrok KIO 1719/19. „Przepis art. 22a ust. 6 p.z.p. określa działania zamawiającego w stosunku do wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony podmiot trzeci na zasoby którego się powoływał, nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z powyższego przepisu w ww. okolicznościach zamawiający żąda od wykonawcy samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami” - Wyrok

KIO 2517/20.

W innym wyroku KIO stwierdza, że „Uregulowanie art. 22a ust. 6 p.z.p. wskazuje, że ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonania zmiany (po terminie złożenia ofert) podmiotu trzeciego lub zrezygnowania z polegania na zasobach podmiotu trzeciego i samodzielnego wykonania zamówienia (w sytuacji, gdy pierwotnie wskazany w ofercie podmiot trzeci nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ i gdy wykonawca sam posiada wystarczające zasoby)” - Wyrok KIO 1614/20. „Przepis art. 22a ust. 6 p.z.p. dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powoływał się w trakcie postępowania na zdolności lub sytuację tzw. podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub warunku dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W przypadku uznania przez zamawiającego, że zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa ww. podmiotu nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem, o którym mowa w tym przepisie. Na podstawie treści żądania, jaka wynika z ww. przepisu, należy wyciągnąć wniosek, iż wykonawcy przysługuje w takiej sytuacji uprawnienie do zastąpienia uprzednio wskazanego podmiotu innym podmiotem lub zobowiązania się osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, pod warunkiem wykazania samodzielnego spełniania określonego warunku. Z regulacji tej wynika zatem zasada dopuszczalności zmiany w zakresie wskazanego przez wykonawcę podmiotu trzeciego na inny podmiot lub samego wykonawcę - w odniesieniu do wykazywania spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu” - Wyrok KIO 2114/18. Z treści cytowanych orzeczeń wynika jasno, że zmiana podmiotu udostępniającego potencjał na inny jest możliwa dopiero wówczas, gdy Zamawiający po zbadaniu dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego potencjał stwierdzi, że ów podmiot podlega wykluczeniu albo przedstawiony w ofercie potencjał nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu taka czynność nie miała miejsca gdyż Zamawiający nie otrzymał na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego tj. WITKOWITZ ENVI a. s.

Wobec powyższego zwracamy się o wyjaśnienie na podstawie jakiego przepisu ustawy prawo zamówień publicznych dokonaliście Państwo zmiany na tym etapie postępowania podmiotu udostępniającego potencjał na inny, skoro podmiot ten posiada wymagany potencjał i nie podlega wykluczeniu co sami Państwo potwierdziliście w piśmie z dnia 25.02.2021r. Jednocześnie informujemy, iż w dniu 4.03.2021r. Zamawiający otrzymał od firmy WUPRINŻ Spółka Akcyjna ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań – Lider konsorcjum informacje dotyczące potencjału podmiotu trzeciego WITKOWITZ ENVI a. s. Informacje te rzucają nowe światło na czynność jakiej państwo dokonaliście a mianowicie na samodzielną zmianę podmiotu udostępniającego potencjał na inny. Poniżej prezentujemy fragment

otrzymanego pisma: „W celu spełnienia powyższego warunku, konsorcjum firm Control Process Silesia Sp. z o.o. oraz Control Process S.A., w dokumencie pn. „Standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia”, w pkt. „C: Zdolność techniczna i zawodowa” wykazało, iż podmiot, na którego zasobach polega, tj. spółka WITKOWITZ ENVI a.s., wykonał - cytując: „w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych (...) - w szczególności doświadczenie to obejmuje:

a) Oczyszczalnia ścieków Pangjuriszte, Bułgaria (Qśr=3000 m³/d, prace zostały zakończone 01.2016 r.) oraz o wartości ponad 6 mln EUR;

b) Oczyszczalnia ścieków Asenovgrad, Bułgaria (55000 RLM, prace zostały zakończone 03.2019 r.) oraz o wartości ponad 12 mln EUR.”

Jednakże, na podstawie ogólnodostępnych informacji (internet) bez wątplenia można stwierdzić, iż konsorcjum firm Control Process Silesia Sp. z o.o. oraz Control Process S.A., w swoim oświadczeniu JEDZ, a następnie w piśmie z dnia 25.02.2021 r., oświadczyło nieprawdę wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd, gdyż: Zarówno oczyszczalnia ścieków Pangjuriszte (Panagjuriszte - bułg.: naHanopume) jak i oczyszczalnia ścieków Asenovgrad (bułg.: AceHOBrpag) są obiektami nowymi, wybudowanymi od podstaw, a nie jak oświadczyło w/w konsorcjum - obiektami istniejącymi, które zostały poddane rozbudowie, przebudowie lub modernizacji podczas normalnej pracy obiektu. Na potwierdzenie powyższego załączamy: dokumentację fotograficzną sporządzoną na podstawie ogólnodostępnej aplikacji Google Earth ze wskazaną osią czasu, która jednoznacznie obrazuje, iż wykazane inwestycje dotyczyły budowy nowych oczyszczalni ścieków:

- wydruki stron internetowych biur projektów akba ekonpoekt Cucremc (wraz z tłumaczeniem na język polski), które było wykonawcą dokumentacji projektowych obu przedmiotowych oczyszczalni ścieków, z których jednoznacznie wynika, iż oba projekty dotyczyły obiektów nowobudowanych:

Ponadto, inwestycja polegająca na budowie nowej oczyszczalni ścieków Pangjuriszte (Panagjuriszte - bułg.: naharopume) została zakończona 30.04.2015 r. (tj. ponad 5 lat przed terminem składania ofert), a nie jak oświadczyło w/w konsorcjum - w styczniu 2016 r. Świadczy o tym również relacja wideo opublikowana w serwisie YouTube w dniu 30.06.2015 r., pn. (tłumaczenie: „Otwarto nowo wybudowaną oczyszczalnię ścieków w Pangjuriszte”) - link: <https://www.youtube.com/watch?v=SYBejqDiDwA> Na potwierdzenie powyższego załączamy: o załącznik Dokument pn. „Informacja odnośnie wykonania umowy na zamówienie publiczne” w języku bułgarskim (dostępna na stronie: <https://panagyurishte.nit.bg/prexodni-publikaczii/prechistvatelna-stancziya-za-otpadni-vodi-s-dovezhdashh-kolektor-na-gr.-panagyurishhe/dokumenti-po-priklyuchvane.html>), wraz z tłumaczeniem na język polski, wystawiony przez Zamawiającego - Gminę Pangjuriszte i

podpisany przez Wójta Gminy – N. I. B. Sekcja IV, pkt. IV.1) „Data zakończenia”, o załącznik nr 14: Zrzut ekranu relacji wideo opublikowanej w serwisie YouTube w dniu 30.06.2015 r.”.

Informujemy, iż Zamawiający zapoznał się z dokumentacją dostępną w Internecie o której pisze WUPRINŻ Spółka Akcyjna i w związku z tym powziął wątpliwości co do potencjału jaki posiada firma WITKOWITZ ENVI a. s. Z treści jednego z załączników Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dla zadania pkt III.3. Oczyszczalnia ścieków Pangjuriszte wynika, że wykonawca robót była firma Zjednoczenie PANAGJURISZTE DZZD, BULSTAT 176509168Z kolei w pkt III.4. tego ogłoszenia wskazano wyraźnie, że w wykonywaniu zamówienia nie biorą udziału podwykonawcy. Z treści tych dokumentów nie wynika, żeby firma WITKOWITZ ENVI a.s. realizowała to zadanie jako główny wykonawca członek konsorcjum lub chociażby podwykonawca. Wobec powyższego wzywamy Państwa do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących potencjału WITKOWITZ ENVI a. s. jaki został wskazany w przedmiotowym postępowaniu, oraz podania podstawy prawnej zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot na tym etapie postępowania.”

Odwołujący CP złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 11 marca 2021 r.: "Wykonawca wskazuje, że podstawą prawną dokonania zastąpienia podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. na podmiot trzeci Ohl Zs a.s. jest przepis art. 22a ust. 6 w zw. z art. 26 ust. i 3 PZP_2004. Wykonawca również wskazuje na stanowisko zawarte w opinii UZP pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” – z której jednoznacznie wynika, że w sytuacji gdy Zamawiający wezwie Wykonawcę o uzupełnienie dokumentów podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP_2004, to Wykonawca „przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu)” – zatem w opinii Prezesa UZP Wykonawca zamierzający dokonać zmiany podmiotu trzeciego nie ma obowiązku czekać na decyzję Zamawiającego w tym zakresie („Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może, albo, dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo, skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu.”), a wręcz nawet nie powinien na nią czekać – gdyż ostatnim momentem na dokonanie takiej zmiany jest skierowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP_2004. Zarówno w opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy, jak również w orzecznictwie Izby (por.: wyrok KIO 941/18 z dnia 1 czerwca 2018 r.; wyrok KIO 572/18 z dnia 12 kwietnia 2018 r., wyrok KIO 491/18 z dnia 29 marca 2018 r., wyrok KIO 2073/17 z

dnia 18 października 2017 r., opubl. LEX nr 2407304; wyrok KIO 583/17 z dnia 11 kwietnia 2017 r.) przesądzone, że art. 22a ust. 6 ustawy nie stanowi samodzielnej podstawy do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p. innym podmiotem bądź zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia pod warunkiem wykazania zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, o których mowa w art. 22a ust. 3 ustawy PZP_2004, co powoduje, że Wykonawca winien takiego zastąpienia dokonać jak najwcześniej, co potwierdza wyrok KIO 1883/19 z dnia 8 października 2019 r. „Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż odwołujący, który otrzymał wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu podmiotu, na którego zasoby się powoływał, winien był – w sytuacji gdy wobec tego podmiotu zachodziły podstawy wykluczenia – samodzielnie zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia”. Biorąc pod uwagę obligatoryjność skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP_2004 w istocie Wykonawca mógłby zaniechać składania jakichkolwiek dokumentów firmy Witkowitz Envi a.s., co wymusiłoby na Zamawiającym skierowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP_2004 – i w odpowiedzi na to wezwanie przedstawić komplet dokumentów firmy OHL ZS a.s. Działanie takie jednak nie byłoby racjonalne ze względu na ekonomikę postępowania – powodowałoby utratę czasu, a biorąc pod uwagę fakt, że termin realizacji zamówienia jest określony datą sztywną – działanie takie byłoby szkodliwe zarówno dla interesów Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Dodatkowo Wykonawca wskazuje także na wyrok KIO 91/20 z dnia 31 stycznia 2020 r., w którym Izba stwierdziła, że: „Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU (tu w trybie art. 22a ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych).”

Wykonawca wskazuje, że jeśli Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w ww. zakresie, to winien zachowanie Wykonawcy potraktować jako niezłożenie dokumentów podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 lutego 2021 r., wobec czego winien wystosować wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 PZP_2004 – w reakcji na które Wykonawca złoży ponownie komplet dokumentów firmy OHL ZS a.s.

Fakt niemożliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. jest spełnieniem przesłanki nie potwierdzania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu – gdyż podmiot ten przestał spełniać wymagania z art. 22a ust. 4 PZP_2004 – tj. nie zrealizuje robót budowlanych lub usług, do realizacji których jego zdolności są wymagane. Należy wziąć pod uwagę fakt, że złożenie ofert odbyło się w poprzednim roku

kalendaryzowym, postępowanie nadal jest w toku – tym samym niepewny jest moment rozpoczęcia realizacji – co czyni w pełni zrozumiałym wycofanie gotowości do realizacji prac przez podmiot trzeci, który nie może utrzymywać stanu gotowości i podjąć inne działania wykluczające możliwość współpracy przy tym zadaniu.

2. Odnosząc się do zarzutów w zakresie zadań referencyjnych podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s., uprzejmie informujemy, że zgodnie z uzyskanymi od podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. informacjami, roboty na które podmiot ten wskazywał zarówno w ocenie Witkowitz Envi a.s. jak i Wykonawcy były robotami spełniającymi wymagania SIWZ, a jedynie informacja uzyskana od podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. o braku możliwości uczestniczenia w realizacji przedmiotowego zamówienia zmusiła Wykonawcę do skorzystania z dyspozycji art. 22a ust. 6 w zw. z art. 26 ust. i 3 PZP_2004 i zastąpienia podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. innym podmiotem. W załączeniu przedkładamy oświadczenie firmy Witkowitz Envi a.s. potwierdzające tą okoliczność.

Już sama analiza treści zawartej w piśmie Zamawiającego wskazuje, że choćby w zakresie roboty budowlanej w Pangauriszte zakończenie prac wskazanych przez podmiot trzeci Witkowitz Envi a.s. (tj. styczeń 2016 r.) odbyło się po dacie wskazanej przez Zamawiającego jako moment uruchomienia oczyszczalni (30. 04. 2015 r.) – co w istocie należałoby uznać, za potwierdzenie, że prace wskazanych przez podmiot trzeci Witkowitz Envi a.s. były wykonywane na czynnej oczyszczalni ścieków. Wykonawca zwraca uwagę, że:

- informacje nt. doświadczenia podmiotu trzeciego Witkowitz Envi a.s. zostały zawarte w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, podpisanym przez JUDr. V. S. – określenie „JUDr.” wskazuje że osoba ta jest doktorem prawa, zatem osobą mającą pełną świadomość wagi dokonywanej czynności i jej znaczenia,
- podmiot trzeci Witkowitz Envi a.s. w żaden sposób nie zmodyfikował oświadczenia zawartego w zobowiązaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, a jedynie przedstawił Wykonawcy informację o rezygnacji z udziału w dalszym toku postępowania, Wykonawca starannie weryfikował informacje przedstawione przez podmiot trzeci Witkowitz Envi a.s. m.in. kontaktując się telefonicznie z właściwymi gminami w Bułgarii, gdzie potwierdzona została znajomość firmy Witkowitz Envi oraz wykonywanie przez nią prac na oczyszczalni ścieków.”

Pismem z dnia 1 kwietnia 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania oraz o wykluczeniu odwołującego CP z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający w następujący sposób uzasadniał swoją decyzję: „W dniu 13.01.2021 r. w wyniku wezwania wysłanego w dniu 8.01.2021 r. do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego lider konsorcjum przedłożył oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez firmę

WITKOWITZ ENVI a. s.

W wyniku badania złożonej oferty wykonawca został wezwany w dniu 18.01.2021 r. do uzupełnienia treści JEDZ-ów i w dniu 22.01.2021 r. wykonawca uzupełnił m.in JEDZ-a firmy WITKOWITZ ENVI a. s.

Następnie w dniu 15.02.2021 r. Zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust.1. Zamawiający otrzymał dokumenty w dniu 25 lutego 2021 r. Jednak nie zawierały one dokumentów pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego tj. firmy WITKOWITZ ENVI a. s. tylko nowego podmiotu trzeciego tj. OHL ZS a.s. z siedzibą w Brnie (Czechy). W piśmie przewodnim lider konsorcjum wskazał, iż: (...)

Z treści oświadczenia wynika, że wskazany pierwotnie podmiot trzeci WITKOWITZ ENVI a. s. spełnia warunki określone w SIWZ, nie mniej nie ma możliwości podjęcia się realizacji zamówienia ze względów na zmiany wewnątrzorganizacyjne spółki. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie miał podstaw do tego, żeby zmienić samodzielnie podmiot trzeci na inny w sytuacji, gdy ten dysponuje wymaganym w SIWZ potencjałem. W treści wyjaśnienia cytowanego powyżej wynika, że „...już po złożeniu oferty Wykonawca powziął informację, że w aktualnej sytuacji firma WITKOWITZ ENVI a. s. nie ma możliwości podjęcia się realizacji zamówienia...”.

Wobec powyższego Zamawiający w dniu 8.03.2021 r. przesłał do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień uzasadniających zmianę podmiotu trzeciego, a jednocześnie o ustosunkowanie się do powziętych przez Zamawiającego informacji kwestionujących spełnienie przez WITKOWITZ ENVI a.s. warunku niezbędnego doświadczenia. W wyniku tego wezwania Zamawiający otrzymał w dniu 11.03.2021 r. wyjaśnienia w których lider konsorcjum twierdzi m.in. (...)

To oświadczenie wskazuje po raz piąty, że lider konsorcjum świadomie wprowadza w błąd Zamawiającego podając nieprawdziwe informacje. Lider konsorcjum konsekwentnie od momentu złożenia twierdził, że firma Witkowitz Envi a.s. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Twierdził tak pięciokrotnie w trakcie trwania procedury tj:

1. W złożonym wraz z ofertą JEDZ-em dotyczącym Witkowitz Envi a.s. w dniu 29.12.2020 r.
2. W uzupełnionym oświadczeniu o udostępnieniu potencjału przez Witkowitz Envi a.s. w dniu 13.01.2021 r.
3. W uzupełnionym JEDZ-u dotyczącym Witkowitz Envi a.s. w dniu 22.01.2021 r.
4. W wyjaśnieniach z dnia 25.02.2021 r.
5. W wyjaśnieniach z dnia 11.03.2021 r.

Jako doświadczenie firmy WITKOWITZ ENVI a. s. zostały wskazane dwie roboty budowlane cyt. z JEDZ-a firmy Witkowitz Envi a.s. (strona 16)

a) Oczyszczalnia ścieków Panagurishte, Bułgaria (Qsr = 3 000 m3/d, prace zostały

zakończone 01.2016 r.) oraz o wartości ponad 6 mln EUR;

b) Oczyszczalnia ścieków Asenovgrad, Bułgaria (55 000 RLM, prace zostały zakończone 03.2019 r.) oraz o wartości ponad 12 mln EUR.

Zamawiający dysponuje dokumentem wystawionym przez Gmina Panagjuriszte, w którym Gmina informuje, że na „Realizację Zintegrowanego Projektu Inwestycyjnego w Sektorze Wodno-Kanalizacyjnym miasta Panagjuriszte” została zawarta umowa nr 333 z dnia 27.06.2013 r. na dwie oddzielne pozycje ze Zjednoczeniem „Panagjuriszte” DZZD - wykonawca Oddzielnej pozycji 1: „Prace Inżynierskie - projekt wykonawczy, uzgodnienia, budowa, dostawa i montaż urządzeń technologicznych, uruchomienie i wprowadzenie do eksploatacji oczyszczalni ścieków z kolektorem zasilającym miasta Panagjuriszte”. Zgodnie z umową zjednoczenia "VITKOVICE POWER ENGINEERING" AD, zarejestrowana w Rejestrze Handlowym Sądu Rejonowego w Ostrawie - sekcja "B", sprawa nr 2751/2004 z adresem w Republice Czeskiej, Ostrava - Vitkovice jest częścią Zjednoczenia „Panagjurishte” DZZD. Wartość umowy to 12 806 640,00 BGN i została zrealizowana w okresie od 02.2013 do 01.2015 r. Tym samym Zamawiający posiada ewidentny dowód na to, że wykonawca nie spełniała warunku udziału w postępowaniu i poświadczył nieprawdę twierdząc, że Witkowitz Envi a.s. wykonał powyższe zadanie. W formularzu JEDZ firma WITKOWITZ ENVI a.s. oświadczyła, że prace zostały zakończone w styczniu 2016 roku. Z posiadanej korespondencji z Gminą Panagjuriszte wynika, że inwestycja została zakończona w styczniu 2015 roku, a więc ponad 5 lat przed terminem składania ofert, co wskazuje na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Należy także zauważyć, że wskazana w dokumencie VITKOVICE POWER ENGINEERING" AD, jest zarejestrowana w Rejestrze Handlowym Sądu Rejonowego w Ostrawie - sekcja "B", pod nr 2751/2004. Tym czasem jak wynika ze dokumentów złożonych w ramach postępowania np. JEDZ firma Witkowitz Envi a.s. figuruje w rejestrze handlowym Sąd Okręgowy w Ostrawie nr 045 28 131. Tak więc firma ta faktycznie w ogóle nie brała udziału w realizacji przedmiotowego zadania. Tym samym udostępniła potencjał, którym nie dysponowała. Zamawiający dysponuje także dokumentem od GMINY ASENOWGRAD, która potwierdza, że w ramach "Projektu rehabilitacji sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z budową oczyszczalni ścieków dla miasta Asenovgrad, Bułgaria", została wybudowana nowa oczyszczalnia ścieków, a nie jej modernizacja czy przebudowa, rozbudowa.

Obiekt został wykonany przez zjednoczenie „Asenovgrad 90” oraz n/w uczestników:

- „Interprom” EOOD,

- „VITKOVICE POWER ENGINEERING” AD — Nr ident. 268 23 357, Ostrawa Witkowitz, Ruska 1142/30, kod pocztowy 706 00,

- “Aqua ekoprojekt systems” OOD,

- „Water technology MS” OOD.

Z dokumentów Gminy Asenovgrad wynika, że w ramach realizacji kontraktu wybudowana została nowa oczyszczalnia ścieków, a nie jak wskazano w JEDZ roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, wykonywane podczas normalnej pracy obiektu będącego w ciągłej eksploatacji, co wskazuje na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Z dokumentu jaki posiada Zamawiający – rejestr BULSTAT wynika, że firma VITKOVICE POWER ENGINEERING AD wykonała 3% zakresu prac konsorcjum, natomiast z JEDZ-a firmy WITKOWITZ ENVI a.s. wynika, że wartość robót wyniosła ponad 12 mln euro. Na podstawie ogólnodostępnych informacji w Internecie, oczyszczalnia w Asenovgrad została wybudowana za kwotę ok. 26 mln lewów bułgarskich netto (<https://www.actualno.com/asenovgrad/prechistvatelnata-stancija-v-asenovgrad-ne-roboti-no-ima-naznachen-slujiteli-news-1412646.html>) tj. ok. 13,3 mln euro (przy kursie NBP 1,95 lewa bułgarskiego za euro z dnia 15.03.2021 r.). Jak z powyższych dokumentów wynika, wartość robót VITKOVICE POWER ENGINEERING AD wyniosła ok. 1,7 mln PLN netto, co również wskazuje na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj. roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, wykonywane podczas normalnej pracy obiektu będącego w ciągłej eksploatacji, o przepustowości/wydajności średniodobowej nie mniejszej niż 3 000 m³/d, o wartości każdej z w/w nie mniejszej niż 20 000 000,00 PLN netto.

Wskazana robota nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ wartość prac teoretycznie wykonanych przez WITKOWITZ ENVI a.s. była mniejsza, poza tym była to budowa od podstaw nowej oczyszczalni tymczasem wykonawca miał się wykazać doświadczeniem na obiekcie będącym w ciągłej eksploatacji. Dodatkowo, co zostało wykazane powyżej prace (podobnie jak przy zadaniu dla Gminy Panagjuriszte) wykonywała VITKOVICE POWER ENGINEERING AD a nie WITKOWITZ ENVI a.s.. Są to dwie różne firmy. W kwestii samodzielnej zmiany podmiotu udostępniającego potencjał Urząd Zamówień Publicznych w oficjalnym piśmie pn. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” wskazuje wyraźnie „W sytuacji zatem, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.” W ocenie Zamawiającego wykonawca nie może dokonać samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego na

inny w momencie, kiedy Zamawiający nie stwierdzi, że ów podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu z postępowania. „Przepis art. 22a ust. 6 p.z.p. stanowi podstawę wprowadzenia, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty. Z istoty tego przepisu wynika zatem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też, gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia” - Wyrok KIO 1719/19. „Przepis art. 22a ust. 6 p.z.p. określa działania zamawiającego w stosunku do wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony podmiot trzeci na zasoby którego się powoływał, nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z powyższego przepisu w ww. okolicznościach zamawiający żąda od wykonawcy samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami” - Wyrok KIO 2517/20.

W innym wyroku KIO stwierdza, że „Uregulowanie art. 22a ust. 6 p.z.p. wskazuje, że ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonania zmiany (po terminie złożenia ofert) podmiotu trzeciego lub zrezygnowania z polegania na zasobach podmiotu trzeciego i samodzielnego wykonania zamówienia (w sytuacji, gdy pierwotnie wskazany w ofercie podmiot trzeci nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ i gdy wykonawca sam posiada wystarczające zasoby)” - Wyrok KIO 1614/20. „Przepis art. 22a ust. 6 p.z.p. dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powoływał się w trakcie postępowania na zdolności lub sytuację tzw. podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub warunku dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W przypadku uznania przez zamawiającego, że zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa ww. podmiotu nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem, o którym mowa w tym przepisie. Na podstawie treści żądania, jaka wynika z ww. przepisu, należy wyciągnąć wniosek, iż wykonawcy przysługuje w takiej sytuacji uprawnienie do zastąpienia uprzednio wskazanego podmiotu innym podmiotem lub zobowiązania się osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, pod warunkiem wykazania samodzielnego spełnienia określonego warunku. Z regulacji tej wynika zatem zasada dopuszczalności zmiany w zakresie wskazanego przez wykonawcę podmiotu trzeciego na inny podmiot lub samego wykonawcę - w odniesieniu do wykazywania spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu” - Wyrok KIO 2114/18. Z treści cytowanych orzeczeń wynika jasno, że zmiana podmiotu udostępniającego potencjał na inny jest możliwa

dopiero wówczas, gdy Zamawiający po zbadaniu dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego potencjał stwierdzi, że ów podmiot podlega wykluczeniu albo przedstawiony potencjał nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu taka czynność nie miała miejsca, gdyż Zamawiający nie otrzymał na wezwanie w trybie art. 26 ust.1 dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego tj. WITKOWTZ ENVI a. s.

Zamawiający nie widział podstaw prawnych do zmiany podmiotu trzeciego na inny, tym bardziej że zwracając się o wyjaśnienie na podstawie jakiego przepisu ustawy prawo zamówień publicznych lider konsorcjum zmienił na tym etapie postępowania podmiot udostępniający potencjał na inny, otrzymał w dniu 25.02.2021 r. w ramach wyjaśnień informacje, że podmiot ten posiada wymagany potencjał i nie podlega wykluczeniu.

W ocenie Zamawiającego wykonawca swoim działaniem ewidentnie wprowadził Zamawiającego w błąd. Zamawiający w ramach procedury co zostało szczegółowo wskazane powyżej otrzymał od lidera konsorcjum firmy CONTROL PROCESS SILESIA Sp. z o.o. informacje, które wprowadzały Zamawiającego w błąd w aspekcie posiadanego przez podmiot trzeci a co za tym idzie przez konsorcjum doświadczenia. Artykuł 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. wskazują na konieczność zaistnienia po stronie wykonawcy zawinionego działania lub rażącego niedbalstwa albo chociaż lekkomyślności w wyniku których wprowadzono zamawiającego w błąd, aby uzyskać dane zamówienie. W przypadku CONTROL PROCESS SILESIA Sp. z o.o. mamy do czynienia z rażącym niedbalstwem, ponieważ kolejne złożone przez wykonawcę dokumenty i wyjaśnienia, jakich żądał Zamawiający ugruntowują fakt, że wykonawca wprowadzał Zamawiającego w błąd. Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą przesłankę w przypadku podstawy wykluczenia zarówno z pkt 16, jak i z pkt 17 art. 24 ust. 1 p.z.p. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO z 18.04.2017 r., KIO 576/17, LEX nr 2300080). Przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. posługuje się zwrotem w formie dokonanej „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia nie może być tylko próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji (wyrok KIO z 27.03.2018 r., KIO 444/18, LEX nr 2507152). W przedmiotowym postępowaniu mamy właśnie do czynienia z sytuacją, w której wykonawca, nie tyle miał zamiar, ile wprowadził w błąd Zamawiającego.

Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. – do jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie

(w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczające jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotne są sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (wyrok KIO z 2.11.2017 r., KIO 2007/17, LEX nr 2406828). Przedstawienie przez konsorcjum informacji nieprawdziwych miało wpływ na wynik postępowania, bo dzięki temu Konsorcjum spełniało warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w SIWZ doświadczenia. Ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (podobnie wyrok KIO z 4.05.2017 r., KIO 734/17, LEX nr 2311273; wyrok KIO z 7.06.2017 r., KIO 1004/17, LEX nr 2314509; wyrok KIO z 10.10.2017 r., KIO 2003/17, LEX nr 2406824), a następstwem złożenia przez CONTROL PROCESS SILESIA Sp. z o.o., nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p. Fakt, że CONTROL PROCESS SILESIA Sp. z o.o. wskazał w ramach uzupełnienia inną firmę na potencjał, której się powołał pozostaje tu bez znaczenia. Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania. Wobec powyższego Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z art. art 24 ust.4. „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”. Warto jeszcze podkreślić, że jest to kolejne postępowanie na to samo zadanie, w którym wykonawca – konsorcjum wprowadza Zamawiającego w błąd. Poprzednie zakończyło się wyrokiem o sygn. KIO 1871/20 w którym Izba potwierdziła, że konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd składając nieprawdziwe informacje i słusznie zostało przez Zamawiającego wykluczone z postępowania.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Art. 22a ust. 1-3 i 6 ustawy Pzp brzmi: „

- „1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.*
- 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.*
- 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.*
- 6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:*
 - 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub*
 - 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.*

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającego w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”*

Zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp: „Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.”

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”

W pierwszej kolejności wskazać należy, że obowiązek zamawiającego, polegający na wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp nie doznaje ograniczeń w aspekcie czasowym – zamawiający niezależnie od tego na jakim etapie jest prowadzone przez niego postępowanie ma obowiązek reagować wykluczeniem wykonawcy w przypadku ustalenia, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd, czy wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji.

Oznacza to, że zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp może nastąpić także na etapie badania informacji podanych przez wykonawcę w dokumencie JEDZ, zobowiązaniu podmiotu trzeciego, czy innych informacji prezentowanych przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym.

Wskazać w drugiej kolejności należy, że prawo wykonawcy do zastąpienia pierwotnie deklarowanego podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega nie może kolidować z obowiązkiem zamawiającego, polegającym na wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

O ile skład orzekający Izby podziela stanowisko, zgodnie z którym wykonawca co do zasady może samodzielnie (bez wezwania zamawiającego na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp) zastąpić podmiot, na zasobach którego polega – na inny, o tyle w przedmiotowym stanie faktycznym oznaczałoby to odstąpienie zamawiającego od obowiązku wykluczenia wykonawcy z powodu prezentacji informacji nieprawdziwych, co – tak ze względu na brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (brak ograniczenia czasowego), jak i obowiązującą zamawiającego zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców – jest nie do zaakceptowania. Nie można dopuścić, aby różnicować sytuację wykonawców, tj. aby w zależności od tego, na jakim etapie postępowania ujawniają się podstawy do wykluczenia wykonawcy z zastosowaniem art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, wykonawcę wykluczać albo nie.

Odwołujący CP konsekwentnie składał oświadczenia, że Witkowitz Envi a.s. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający zaprezentował odwołującemu CP informacje, które przeczą prawdziwości przedstawionych przez niego informacji, powołując się przy tym na dokumenty źródłowe (dokumenty od odbiorców usług) wobec czego obowiązkiem odwołującego, aby móc skorzystać z możliwości wskazania nowego podmiotu udostępniającego mu zasoby, było w pierwszej kolejności „rozliczenie” się z prawdziwości informacji co do pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego. Odwołujący nie podjął nawet takiej próby.

Twierdzenie odwołującego, że nie miał szansy wykazać, że Witkowitz Envi a.s.

spełnia warunki udziału w postępowaniu nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania, ponieważ odwołujący mógł, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień z dnia 8 marca 2021 r., w pełni zaprezentować swoje stanowisko – argumentację i dokumenty, czego zaniechał.

Skład orzekający Izby zauważa, że choć zamawiający nie przedstawił odwołującemu CP dokumentów pochodzących od odbiorców usług – Gmin Panagjuriszte i Asenowgrad to zaprezentował ich treść, co niewątpliwie umożliwiło odwołującemu CP odniesienie się do nich.

Uzupełniając skład orzekający wskazuje, że w sytuacji podejrzenia przedstawienia informacji nieprawdziwych, zamawiający może skorzystać – na każdym etapie postępowania – z wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu; sytuację taką należy zakwalifikować jako taką, w której złożenie tych oświadczeń lub dokumentów jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, o czym mowa w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie podzielił nadto stanowiska odwołującego CP, że zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – odwołujący nie wykazał powyższego, powtarzając jedynie, że nie złożył jeszcze dokumentów podmiotowych Witkowitz Envi a.s. (wykazu robót budowlanych i referencji bądź innych im odpowiadających), przyjmując – jak się wydaje – że możliwość żądania tych dokumentów wyczerpuje zakres wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wskazał zamawiający w informacji z 1 kwietnia 2021 r. odwołujący CP pięciokrotnie w trakcie trwania procedury tj. w złożonym 29.12.2020 r. wraz z ofertą JEDZ-u Witkowitz Envi a.s. (1), w uzupełnionym 13.01.2021 r. oświadczeniu o udostępnieniu potencjału przez Witkowitz Envi a.s. (2), w uzupełnionym 22.01.2021 r. JEDZ-u Witkowitz Envi a.s. (3), w wyjaśnieniach z 25.02.2021 r. (4), w wyjaśnieniach z 11.03.2021 r. (5) składał oświadczenie, że Witkowitz Envi a.s. spełnia warunek udziału w postępowaniu – w oparciu o przedstawiane przez siebie informacje co do wskazanych robót budowlanych w odniesieniu do tego podmiotu.

Informacje przedstawiane przez zamawiającego w odniesieniu do robót budowlanych realizowanych dla gmin w Bułgarii skład orzekający Izby uznał za wiarygodne. Źródło ich pozyskania przez zamawiającego (informacje od konkurencyjnego wykonawcy) nie ma żadnego znaczenia. Praktyka rynku zamówień publicznych dobitnie wskazuje, że konkurencyjni wykonawcy dysponują w szerokim zakresie informacjami na temat wcześniejszych realizacji robót budowlanych przez konkurenta, czy przez podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje, wykazując przy tym ogromną determinację

w pozyskiwaniu i dokumentowaniu tych informacji.

Nie sposób w takiej sytuacji, uwzględniając zaniechanie odniesienia się przez odwołującego CP do wiarygodnych informacji zamawiającego dotyczących robót budowlanych zrealizowanych w Bułgarii oraz uporczywe dążenie jedynie do zastąpienia Witkowitz Envi a.s. innym podmiotem bez „rozliczenia się” z prawdziwości informacji przedstawianych przez odwołującego CP co do Witkowitz Envi a.s., przyjąć, że odwołujący nie działał rażąco niedbale.

Ustalenie przez zamawiającego, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp już na etapie badania dokumentu JEDZ, zobowiązania podmiotu trzeciego i informacji dodatkowych pochodzących od samego wykonawcy – badania prawdziwości informacji tam zawartych, czyni badanie dalszych dokumentów podlegającego wykluczeniu wykonawcy (wykaz robót budowlanych, referencje) bezcelowym – wykonawca i tak musi zostać wykluczony.

Odwołujący CP w uzasadnieniu odwołania (pkt IV) przedstawił fragmentaryczne informacje co do żądania przez zamawiającego podania przez odwołującego CP powierzchni hali JEDZ w odniesieniu do doświadczenia W.T. oraz fragmentaryczne informacje co do nierównego traktowania odwołującego CP i przystępującego w kontekście wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W oparciu o takie fragmentaryczne informacje nie sposób zrekonstruować postawionego zarzutu.

Odwołujący nie przedstawił argumentów przemawiających za tym, że on i przystępujący W znaleźli się w analogicznej sytuacji, a zamawiający inaczej w odniesieniu do każdego z nich się zachował (jednego z wykonawców wzywając, drugiemu nie pozwalając na uzupełnienie).

Dostrzec dodatkowo należy, że w Informacji o wyniku postępowania zamawiający nie podał, że powodem wykluczenia odwołującego CP jest to, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry, co czyni niezrozumiałym tytuł jaki odwołujący nadał części uzasadnienia odwołania, tj. *„Błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie kadry”* (pkt IV).

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut dwukrotnego wzywania przystępującego W o ten sam dokument (JEDZ) w sytuacji, gdy zamawiający winien uznać, że konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”*

Poza sporem był fakt, że zamawiający dwukrotnie, tj. w dniu 10 lutego 2021 r. i w dniu 15 marca 2021 r. wzywał przystępującego W, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów JEDZ (lidera, partnera konsorcjum Procolor Sp. z o.o. oraz podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A.).

Nie było także sporu co do tego, że w wezwaniach zamawiający powiecił żądanie uzupełnienia tych samych informacji.

O ile skład orzekający Izby podziela prezentowany przez odwołującego i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd o dopuszczalności jedynie jednokrotnego wezwania wykonawcy, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia tego samego dokumentu w tym samym zakresie, o tyle dostrzec należy, że drugiemu wezwaniu zamawiającego (z dnia 15 marca 2021 r.) należy przypisać jedynie techniczne znaczenie, ponieważ nie doprowadziło ono do zmiany treści JEDZ złożonego przez konsorcjum W na pierwsze wezwanie zamawiającego. Odwołujący nie twierdził nawet, że na pierwsze wezwanie przystępujący W złożył częściowo tylko uzupełniony dokument JEDZ, nie twierdził także, że dokument JEDZ złożony na pierwsze wezwanie różnił się od dokumentu złożonego na drugie wezwanie.

Uwzględniając powyższe uznać należy, że złożenie dokumentu JEDZ w odpowiedzi na drugie wezwanie nie miało znaczenia. Nie miało także w tym stanie rzeczy znaczenia to, czy złożony na powtórne wezwanie zamawiającego dokument JEDZ został podpisany. Jego ewentualna bezskuteczność pozostaje, w kontekście sformułowanego zarzutu, bez znaczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego W w sytuacji, gdy wprowadziło ono zamawiającego w błąd co do okoliczności mającej wpływ na spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzającego w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”

Poza sporem był fakt, że przystępujący W wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in., że dysponuje osobą M.N. (Ekspert nr 5) na podstawie umowy zlecenia.

Odwołujący CP utrzymywał, że wskazanie przez przystępującego W dysponowania wskazaną osobą na podstawie umowy zlecenia było informacją wprowadzającą zamawiającego w błąd, ponieważ osoba ta zobowiązała się także wobec odwołującego CP do wzięcia udziału w realizacji projektu z odwołującym CP.

Skład orzekający Izby wskazuje, że błędnie odwołujący CP uznaje za sprzeczność to, że M.N. zobowiązał się do udziału w realizacji projektu tak z odwołującym CP, jak i z przystępującym. Skoro bowiem tylko jeden z wykonawców może zostać wyłoniony do wykonania przedmiotu zamówienia (w danej części) jako ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą to osoba ta nie będzie zobowiązana świadczyć swoje usługi jednocześnie na rzecz obu wykonawców.

Odwołujący gołosłownym pozostawił swoje twierdzenie co do oświadczenia M.N.: „Z informacji uzyskanych od niego, nie potwierdził on, aby zawarł taką umowę z konsorcjum WUPRINŻ.” (str. Ostatnia odwołania pkt 3).

Niezależnie od powyższego dostrzec należy, że umowa taka może zostać zawarta już na etapie po wyborze oferty przystępującego W jako najkorzystniejszej. Istotnym jest, aby na etapie składania ofert wykonawca miał zapewnienie/zobowiązanie osoby (oświadczenie), że weźmie udział w realizacji zamówienia w „roli” przypisanej mu w ofercie przez wykonawcę (tu: Eksperta nr 5).

Pomimo, iż to na odwołującym CP spoczywał ciężar dowodu, to nie odwołujący CP, ale przystępujący W złożył na posiedzeniu, jako załącznik do Odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 czerwca 2021 r., oświadczenie M.N. z dnia 30 kwietnia 2021 r.: *„Oświadczam, że potwierdzam swoją wolę uczestnictwa w realizacji zamówienia pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości Święty Wojciech według warunków kontraktowych Żółty FIDIC – w formule zaprojektuj-wybuduj” Numer referencyjny: 69/ZP5/DEOŚ/POIIŚ/2020 jako Ekspert nr 5 – Specjalista technolog w branży sanitarnej z ramienia konsorcjum WUPRINŻ S.A. (...) Jednocześnie potwierdzam, że wyraziłem swoją zgodę na podanie mnie do oferty konsorcjum WUPRINŻ S.A. (...) w postępowaniu „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w miejscowości Święty Wojciech według warunków kontraktowych Żółty FIDIC – w formule zaprojektuj-wybuduj” Numer referencyjny: 69/ZP5/DEOŚ/POIIŚ/2020 na stanowisko Eksperta nr 5 – Specjalisty technologa w branży sanitarnej.”*

W tym stanie rzeczy nie może być mowy o przypisaniu przystępującemu W wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy przedstawienia zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, a tym samym do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 i 17 ustawy Pzp, abstrahując nawet od tego, że odwołujący CP w żadnym zakresie nie podjął nawet próby wykazania, że przystępujący W działał *„w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”* lub, że przedstawił informacje, działając *„w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa”*, co jest niezbędne w przypadku wykluczenia wykonawcy z zastosowaniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Zarzut dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą nie potwierdził się.

Abstrahując od tego, że odwołujący CP nie zaprezentował w odniesieniu do tego zarzutu żadnej argumentacji, uznać należy, w konsekwencji uznania przez skład orzekający Izby, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, tj. zarówno dotyczących wykluczenia odwołującego CP, jak i zaniechania wykluczenia przystępującego W, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należało, że zarzut się nie potwierdził.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 556 ustawy nPzp skład orzekający Izby wydał orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: