

Sygn. akt: KIO 1546/20

**WYROK**  
z dnia 29 lipca 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07.07.2020 r. przez wykonawcę **ERBUD Operations Sp. z o.o. Jasionka 942, 36-002 Jasionka** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej ul. Sienkiewicza 29, 26-670 Pionki**

przy udziale:

A. wykonawcy **ARBUD Sp. z o.o. Sp.k. ul. Staroopatowska 24/52, 26-600 Radom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

B. wykonawcy **Wojtpol T.W. Z. K. Spółka Jawna ul. Przemysłowa 1 26-900 Kozienice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego ERBUD Operations Sp. z o.o. Jasionka 942, 36-002 Jasionka i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Pionkach ul. Sienkiewicza 29, 26 - 670 Pionki, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Rozbudowa szpitala w Pionkach, poprzez budowę pawilonu zabiegowego oraz budowę stacji transformatorowej”* (nr referencyjny: SPZZOZ-ZP-22/2020).

Zamawiający w dniu 02 lipca 2020 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę ARBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Jasionka 942, 36 - 002 Jasionka, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp.K.:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K., mimo że wskazany wykonawca 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, lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

ewentualnie

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K., mimo że wskazany wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K., mimo że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

- naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K. do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez wskazanego Wykonawcę wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie „należytego wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przez upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 1500 m<sup>2</sup>”\

- naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K. do złożenia wyjaśnień dotyczących powierzchni inwestycji oznaczonej jako „Rozbudowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni ponad 1500m<sup>2</sup> w ramach inwestycji „Budowa budynku dydaktycznego z oddziałami przedszkolnymi dla SP w Uwielinach, ul Szkolna 2, gm. Prażmów”:

- naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp.K. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez wskazanego Wykonawcę Wykazu Robót Budowlanych w zakresie powierzchni robót faktycznie wykonanych przez tego Wykonawcę w ramach inwestycji oznaczonej jako „Budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni ponad 1500m<sup>2</sup> w ramach inwestycji: „Budowa budynku biurowo- usługowego DROMET w Grodzisku Mazowieckim”, a także w zakresie rozbieżności co do zakresu robót faktycznie wykonanych przez wskazanego Wykonawcę w ramach wykonywania wymienionej inwestycji, a także zakwalifikowania obiektu jako budynku użyteczności publicznej;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K. i zaniechanie odrzucenia tej oferty mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;

- naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K. jako najkorzystniejszej, mimo że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać odrzucona;

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy „WOJTPOL” T.W., Z.K. Spółka Jawna, mimo że wskazany wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy „WOJTPOL” T.W., Z.K. Sp. j., mimo że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy „WOJTPOL” T.W., Z.K. Spółka Jawna mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;

2) w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego - Wykonawcy ERBUD OPERATIONS Sp. z o.o.:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy ERBUD OPERATIONS Sp. z o.o. mimo, że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ i brak jest podstaw do jej odrzucenia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K.;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 4) wykluczenia Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K.;
- 5) odrzucenia oferty Wykonawcy ARBUD Sp. z o.o. Sp. K.;
- 6) wykluczenia Wykonawcy „WOJTPOL” T.W., Z.K. Spółka Jawna;
- 7) odrzucenia oferty Wykonawcy „WOJTPOL” T.W., Z.K. Spółka Jawna;
- 8) ewentualnie - wezwania Wykonawców ARBUD Sp. z o.o. Sp.K. i „WOJTPOL” T.W., Z.K. Spółka Jawna do złożenia odpowiednich dokumentów lub wyjaśnień;

Odnosząc się do odrzucenia oferty odwołującego podał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, treść art. 36b Pzp nie ustanawia bezwzględnego obowiązku wskazania zakresów robót przewidzianych do powierzenia podwykonawcom i firm tych podwykonawców na etapie składania ofert. Taki wniosek jest uzasadniony tym bardziej w przypadkach, gdy wykonawca nie wskazuje zasobów konkretnego podwykonawcy celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały żadne okoliczności, które uzasadniałyby odrzucenie oferty odwołującego. Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty odwołującego, również nie wskazał w tej kwestii żadnego merytorycznego uzasadnienia, a to oznacza, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w sposób wskazany w zarzutach.

W zakresie zarzutów podniesionych wobec ofert obu wykonawców tj. oferty ARBUD oraz oferty wykonawcy WOJTPOL wskazał na brak posiadania przez tych wykonawców uprawnień do wykonania prac z zakresu instalacji gazów medycznych. Podniósł, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje także wykonanie instalacji gazów medycznych. Powyższe wynika z załączonych do SIWZ projektów (załącznik nr 20), w tym projektów wykonawczych oraz przedmiarów robót do wykonania (załącznik nr 21 do SIWZ). Stwierdził, że instalacje gazów medycznych stanowią wyrób medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Wykonanie instalacja gazów medycznych, jako wyrobu medycznego, wymaga uzyskania certyfikatów zgodnie z ww. ustawą oraz Dyrektywą Rady 93/42/EWG z 14.06.1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych oraz wynikającymi z nich normami zharmonizowanymi. Zgodnie z tymi regulacjami instalacje gazów medycznych mogą być projektowane i wykonywane wyłącznie przez firmy posiadające do tego odpowiednie kwalifikacje, czyli wdrożony i utrzymywany System Zarządzania Jakością wg

normy EN ISO 13485 i Certyfikat Zgodności EC z Dyrektywą Medyczną 93/42/EWG dla wykonywanych systemów rurociągów gazów medycznych wystawiony przez Jednostkę Notyfikowaną. Żeby taki certyfikat zgodności dla wyrobu otrzymać, należy udowodnić, że wytwarzane przez danego wytwórcę instalacje gazów medycznych spełniają wszystkie zasadnicze wymagania obowiązujących przepisów prawnych, w tym Dyrektywy 93/42/EWG. Ocena zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami Dyrektywy 93/42/EWG jest prowadzona w oparciu o istniejące dla wyrobu normy zharmonizowane z Dyrektywą 93/42/EWG:

- EN ISO 7396-1 - Systemy rurociągowo do gazów medycznych - Część 1: Systemy rurociągowo do sprężonych gazów medycznych i próżni,
- EN ISO 7396-2 - Systemy rurociągowo do gazów medycznych - Część 2: Systemy wyrzutowe odprowadzające zużyte gazy anestetyczne

W tej sytuacji wykonawca odwołujący wskazał w pkt 8 formularza oferty, iż ten zakres prac wykona przy pomocy podwykonawców - firmy specjalistycznej posiadającej kompetencje do realizacji instalacji gazów medycznych (jednak na etapie złożenia oferty jeszcze nie podjął decyzji, z usług której formy skorzysta). Tymczasem zarówno wykonawca Arbud jak i wykonawca Wojtpol nie złożyli żadnych oświadczeń w pkt 8 formularza oferty, co jest jednoznaczne ze złożeniem oświadczenia, iż samodzielnie zrealizują przedmiot zamówienia i nie będą posługiwać się przy jego realizacji jakimikolwiek podwykonawcami. Tak należy bowiem zgodnie z pkt 12 na str. 9 SIWZ rozumieć brak wypełnienia wskazanej pozycji formularza - „Brak zadeklarowania realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców na etapie składania ofert stwarza domniemanie, że wykonawca samodzielnie zrealizuje przedmiot zamówienia”. To oznacza, że wskazani wykonawcy nie są w stanie wykonać przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców.

W zakresie zarzutów kierowanych wobec wykonawcy ARBUD podniósł, że zgodnie z rozdziałem VI pkt 3 ppkt c) SIWZ (warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej), zamawiający postawił warunek „należytego wykonania nie wcześniej niż w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 1500 m<sup>2</sup>”. Wykonawca Arbud nie dochował należytej staranności przy przedstawianiu zamawiającemu informacji w zakresie dotyczącym spełnienia wskazanego warunku. Wykonawca przedkładając wypełniony wykaz robót stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ powołał się na doświadczenie w wykonaniu trzech inwestycji opisanych w poz. 1 (Budowa hali sportowej w Białobrzegach), poz. 2 (Budowa budynku dydaktycznego w Uwielinach) oraz poz 3 (Budowa budynku usługowo - biurowego DROMET w Grodzisku Mazowieckim) tego wykazu. W zakresie inwestycji wskazanych w poz. 2 oraz poz. 3

Wykonawca oświadczył, że posiadają one powierzchnię większą niż 1500 m<sup>2</sup> wymagane w SIWZ, tj. odpowiednio 1 531,10 m<sup>2</sup> (zrealizowany budynek dydaktyczny w Uwielinach) oraz 2 276,90 m<sup>2</sup> (zrealizowany budynek DROMET w Grodzisku Mazowieckim). Tymczasem z referencji złożonych na potwierdzenie oświadczenia Wykonawcy zawartego w wykazie robót w zakresie inwestycji nr 2 (budynek dydaktyczny w Uwielinach), nie wynika powierzchnia zrealizowanego obiektu. Zamawiający oparł się więc w tym zakresie jedynie na gołosłownym oświadczeniu wykonawcy Arbud niepopartym żadnymi dowodami. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że wskazany obiekt nie posiada deklarowanej powierzchni.

Z kolei w zakresie inwestycji nr 3 (Budowa budynku usługowo - biurowego DROMET w Grodzisku Mazowieckim) wykonawca Arbud deklaruje „budowę budynku użyteczności publicznej o powierzchni ponad 1500 m<sup>2</sup> w ramach inwestycji „budowa budynku biurowo-usługowego DROMED w Grodzisku Mazowieckim”. Powierzchnia 2 296,90 m<sup>2</sup>”.

Wykonawca Arbud podał w ślad za referencjami, że powierzchnia wybudowanego budynku wynosi 2 296,90 m<sup>2</sup> co nie jest prawdą. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że wskazany obiekt nie posiada deklarowanej powierzchni, a posiada powierzchnię mniejszą niż wymagane 1500 m<sup>2</sup>. Wykonawca Arbud powinien wiedzieć jakich rozmiarów obiekt realizował, gdyż czynił to w oparciu o projekt budowlany.

Ponadto, wykonawca Arbud nie był generalnym wykonawcą wskazanej inwestycji (była nim firma HALBUD G. Sp. j. z siedzibą w Warszawie), ale jedynie podwykonawcą, a więc wykonywał w ramach wskazanej inwestycji jedynie pewien zakres robót, a nie kompleksową budowę obiektu. Podkreślenia wymaga, że warunek określony w SIWZ dotyczy jedynie realizacji robót budowlanych polegających na „budowie lub rozbudowie” budynku.

Podkreślenia również wymaga, że warunek stawiany w SIWZ dotyczy realizacji obiektów użyteczności publicznej. Zgodnie z rozporządzeniem ministra infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (§ 3 pkt 6 rozporządzenia), jako budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Podkreślenia wymaga, że budynek biurowo-usługowy dla firmy DROMET pełni funkcję przede wszystkim magazynu głównego wskazanej firmy, a więc nie może być zaklasyfikowany jako budynek użyteczności publicznej. Zgodnie z powyższą definicją hale magazynowe nie mieszczą się w kategorii budynków użyteczności publicznej. Takiej funkcji

nie pełnią, a jedynie funkcję stricte komercyjną. Przy czym, część biurowa tego budynku, pełni jedynie funkcję służebną wobec hali magazynowej i jest ściśle powiązana z jej obsługą. Biuro i siedziba główna firmy DROMET znajdują się w innej lokalizacji.

Wykonawca mimo, iż takich inwestycji referencyjnych nie posiadał, złożył nieprawdziwe oświadczenie, że wymagane roboty budowlane wykonał. Nie dopełnił minimum staranności i nie zweryfikował oświadczenia składanego w wykazie robót z faktycznym zakresem rzeczowym inwestycji. Tym samym, wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Okoliczności sprawy potwierdzają bowiem działanie wskazanego Wykonawcy z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd celem uzyskania zamówienia. Z ostrożności odwołujący podnosi, że postępowanie Wykonawcy podpada także co najmniej pod lekkomyślność lub niedbalstwo w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Nadto podkreślił, że nawet gdyby Izba nie uznała zarzutu dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd to niewątpliwym jest, że wykonawca nie wykazał za pomocą dokumentów złożonych wraz z ofertą, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ wykonawca miał obowiązek przedstawić dowody potwierdzające należyte wykonanie inwestycji, przez co należało rozumieć referencje, jak i dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane, ewentualnie, w razie ich braku, inne dokumenty. Wykonawca przedłożył referencje dla inwestycji wskazanych w poz. 2 oraz poz. 3 wykazu robót, jednak według wiedzy pozyskanej przez Odwołującego wymienione referencje nie odzwierciedlają faktycznego stanu rzeczy.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, że zamawiający przyjął bezkrytycznie dokumenty przedłożone przez wykonawcę. Tymczasem, przy występowaniu wskazanych rozbieżności pomiędzy opisami zadań poz. 2 oraz poz. 3 zawartymi w wykazie robót, a dotyczącymi tych zadań referencjami oraz wiedzą łatwą do uzyskania w wyniku zwykłej weryfikacji internetowej, zamawiający powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braków lub do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnienia wątpliwości w zakresie złożonych oświadczeń i dokumentów na wykazanie warunku posiadanych zdolności zawodowych, czego zaniechał.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykluczenia z postępowania wykonawcy Wojtpol podał, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 lit d) SIWZ wykonawca miał obowiązek przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, w tym zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego potwierdzającego, że nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert upływał w dniu 23.06.2020 r. Wykonawca Wojtpol nie załączył do swojej oferty zaświadczenia z urzędu skarbowego spełniającego wskazane

wymagania. Wykonawca uzasadnił ten brak niemożliwością uzyskania zaświadczenia ze względu na epidemię wirusa covid-19 i z tym związanymi ograniczeniami w działalności Urzędu Skarbowego w Kozienicach. Podał, że zamawiający słusznie wskazał w wezwaniu z 30.06.2020 do uzupełnienia tego braku, iż zaistniała przeszkoda nie miała charakteru obiektywnego. Podkreślenia wymaga, że inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu działali w takich samych realiach i zdołali uzyskać na czas wskazane zaświadczenia o niezaleganiu z zapłatą podatków, a wykonawca Wojtpol, składając wniosek w drodze elektronicznej o uzyskanie takiego zaświadczenia, w tym samym dniu co dzień złożenia ofert, wykazał się brakiem wymaganego profesjonalizmu i co najmniej lekkomyślnością, że takie zaświadczenie zdoła uzyskać na czas. Wykonawca uzyskał zaświadczenie o niezaleganiu z zapłatą podatków dopiero w dniu 30.06.2020 r. (jak wynika z jego pisma datowanego na dzień 1.07.2020 r.). Z treści przedłożonego przez Wykonawcę zaświadczenia Urzędu Skarbowego w Kozienicach wynika jednoznacznie, że „nie ujawniono zaległości podatkowych wnioskodawcy wymienionemu w części A wg stanu na dzień 25-06-2020 r.”. a więc po otwarciu ofert, które miało miejsce w dniu 23.06.2020 r. Z przedłożonego zaświadczenia nie wynika stan zaległości wykonawcy Wojtpol na dzień 23.06.2020 r. oraz dzień 24.06.2020 r. a zatem przedłożone zaświadczenie nie pokrywa pełnego wymaganego okresu za jaki wykonawca powinien wykazać brak zaległości w zapłacie podatków. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r. w sprawie XXIII Ga 683/13 treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że złożone dokumenty na wezwanie zamawiającego, powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Podkreślił, że również w przypadku zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami, wydane zaświadczenie potwierdza stan faktyczny i prawny istniejący w dniu wydania zaświadczenia, co wynika z ordynacji podatkowej.

Kolejnym zarzutem podnoszonym wobec wykonawcy Wojtpol był brak przedłożenia opłaconej polisy ubezpieczeniowej. W tym zakresie podał, że zgodnie z rozdziałem VI pkt 3 lit b) SIWZ wykonawca miał obowiązek wykazania spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na: posiadaniu przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną, tj. opłacona polisa - potwierdzająca, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną: 8 000 000,00 zł.

Wykonawca dołączył do oferty polisę nr COR14096Ó z dnia 19.05.2020 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 17.06.2020 r., który rozszerzał sumę gwarancyjną polisy z 10 mln zł na 12 mln zł. Wartość sumy gwarancyjnej z przedłożonej wraz z ofertą polisy na dzień złożenia ofert

wynosiła 12 mln zł, a składka dla tej polisy wynosiła łącznie 11.000 zł (jak wynika z treści polisy oraz aneksu do tej polisy składka opłaty wynosiła 11 tys. złotych. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Pzp dotyczącego przesłania dowodu opłaty polisy wykonawca przedłożył pismem z dnia 1.07.2020 opłatę Polisy na kwotę 10 tys. złotych, a tym samym nie wykazał się posiadaniem opłaconej polisy ubezpieczeniowej.

Reasumując powyższe stwierdził, że wskazane uchybienia w konsekwencji oznaczają, że zamawiający naruszył w toku postępowania przetargowego liczne przepisy. Oferta Wykonawcy Arbud nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta wskazanego Wykonawcy powinna bowiem zostać odrzucona (niezależnie od zasadności wykluczenia wskazanego Wykonawcy), natomiast druga w rankingu ofert - oferta wykonawcy Wojtpol także powinna zostać odrzucona, czego Zamawiający zaniechał, nienależnie od zasadności wykluczenia wskazanych Wykonawców.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, lecz w prezentowanym na rozprawie stanowisku podał, że odwołanie jest niezasadne i winno zostać oddalone, a zamawiający utożsamia się ze stanowiskiem zawartym w piśmie przystępującego Arbud. Zamawiający niezbyt kwestionował zarzut odrzucenia oferty odwołującego z powodu nieprzedstawienia nazw podwykonawców, stwierdzając, że pomimo, iż zarzut ten wydaje się być zasadny to jednak ze względu na fakt, iż zarzuty wobec wykonawców Arbud i Wojtpol są niezasadne, to nawet uwzględnienie zarzutu wobec oferty odwołującego nie spowoduje zmiany jego sytuacji w postępowaniu i tym samym w oparciu o przepis art. 192 ust.2 Pzp winno skutkować to oddaleniem odwołania. Podniósł także iż ocena ofert dokonywała się w oparciu o ustaloną treść SIWZ, której żaden wykonawca na etapie składania ofert nie kwestionował, ani nie wniósł w tym zakresie o wyjaśnienie treści SIWZ.

Przystępujący do postępowania wykonawca Arbud w złożonym piśmie procesowym odnosząc się do zarzutów formułowanych w odwołaniu wobec jego oferty, wniósł o oddalenie odwołania. Podał, że odwołujący myli się co do tego, że złożone w formularzu ofertowym oświadczenie o niepowierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy/ podwykonawcom w zakresie dostawy instalacji gazów medycznych - stanowi podstawę do uznania, że treść oferty nie jest zgodna z treścią Specyfikacji. Wskazał na wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2018 r.. sygn. KIO 1073/18 gdzie KIO uznała, że *w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę samodzielnego wykonania zamówienia, w którego zakres wchodziła również instalacja gazów medycznych, to takie oświadczenie - mimo iż wykonawca sam nie posiada uprawnień do instalacji gazów medycznych - nie przesądza w żadnym razie o niegodności treści oferty ze Specyfikacją.* Co więcej, Izba uznała, że takie oświadczenie nie wyklucza zaangażowania danego podmiotu w charakterze podwykonawcy - już w trakcie realizacji zamówienia. Nadmieniał, że zamawiający nie wymagał na etapie badania i oceny ofert posiadania uprawnień do wykonywania instalacji gazów medycznych i ich

certyfikowania. Nie postawił wymogów co do posiadania przez wykonawców szczególnych uprawnień w zakresie projektowania, czy dostawy instalacji gazów medycznych. Nie wymagał również składania przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie. Zauważył, że jego zdaniem instalacja gazów medycznych jest przedmiotem dostawy w trakcie realizacji zamówienia. Wykonawca w celu zrealizowania tej części zamówienia, która dotyczy instalacji gazów medycznych - dokonuje zamówienia wyrobu medycznego, który musi posiadać certyfikat - przeprowadzenie testów i certyfikacji wykonywane jest przez podmiot uprawniony czyli dostawcę wyrobu - zatem również te czynności wchodzi w skład dostawy wyrobu medycznego. Dlatego nie sposób ich wydzielić jako odrębne bowiem są świadczeniem bezpośrednio związanym z dostawą i bez ich przeprowadzenia dostawa nie byłaby zrealizowana należycie, w pełnym zakresie.

W interpretacjach urzędów skarbowych - instalacja gazów medycznych - traktowana jest produkt, który podlega dostawie, a dostawa taka związana jest nierozdzielnie z pracami związanymi z instalacją i certyfikacją takiego wyrobu. Podmiot dostarczający i instalujący wyrób medyczny - nie musi być traktowany jako podwykonawca - nie ma w tym zakresie żadnych wymogów, nie były takowe również ustanowione w niniejszym postępowaniu. Jest to dostawca wyrobu medycznego, nawet jeśli dokona jego instalacji - nie zmienia to jego statusu. Tym samym nie pociąga za sobą konieczności wskazywania takiego podmiotu jako podwykonawcy.

Odnosząc się zarzutu braku wykazania przez Arbud warunków udziału w postępowaniu podał, że wskazana w poz. Nr 2 Wykazu robót - Budowa budynku dydaktycznego z oddziałami przedszkolnymi dla SP w Uwielinach, ul. Szkolna 2, gm. Prażmów, nie spełnia wymagania zamawiającego, gdyż wybudowany obiekt posiada powierzchnię mniejszą niż wymagane 1500 m<sup>2</sup>. Podkreślił, że zarzut ten ma charakter blankietowy. Odwołujący nie określił w zarzucie okoliczności faktycznych, które świadczyłyby o tym, że obiekt posiada powierzchnię mniejszą. Tym samym - utrudnił a nawet uniemożliwił odpowiednie odniesienie się do tego zarzutu. Przystępujący nie wie, co odwołujący miał na myśli twierdząc, w odwołaniu jakoby „z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że ten obiekt nie posiada wymaganej powierzchni”. Tego typu działanie - powinno być niedopuszczalne, gdyż przedstawienie dopiero na rozprawie swojego właściwego stanowiska - ogranicza a nawet uniemożliwia odpowiednie odniesienie się do zarzutu - zarówno przez Zamawiającego jak również Przystępującego. Przedmiotowy obiekt ma powierzchnię całkowitą 1879m<sup>2</sup>; oraz powierzchnię netto 1531,10m<sup>2</sup> - co oznacza, że obiekt spełnia minimalną powierzchnię wymaganą w postępowaniu. Natomiast w zakresie poz. Nr 3 Wykazu odwołujący kwestionował po pierwsze powierzchnię budynku wskazaną przez Arbud, a także kwestie dotyczącą spełniania przez obiekt w całości funkcji budynku użyteczności publicznej.

Odnosząc się do wątpliwości podnoszonych przez odwołującego - dotyczących biurowo-usługowego charakteru i przeznaczenia budynku wskazał, że zgodnie z przywołaną przez odwołującego definicją budynku użyteczności publicznej - zawartą w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie to obiekt ten spełnia wymagania ustawowe.

W kontekście przytoczonej definicji należy wskazać, że katalog kategorii przeznaczenia budynku użyteczności publicznej ma charakter otwarty (wskazuje na to zwrot „inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji”). Jednocześnie zwrócił uwagę, że kategorie przeznaczenia wynikające z definicji można sprowadzić do funkcji pełnienia usług oraz pełnienia funkcji budynku biurowego.

Podkreślił, że warunkiem uznania budynku za budynek użyteczności publicznej nie jest obecnie jego ogólnodostępność. Warunek taki funkcjonował do dnia 7.07.2009 r., lecz został uchylony na mocy przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.03.2009 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 56, poz. 461). W niniejszej sytuacji - budynek DROMET - projektowany był i wykonywany w takim celu, aby działał jako biuro budynek handlowo - biurowo - usługowy i magazynowy, do którego dostęp - ma szerokie spektrum osób - klientów, kontrahentów i w którym mogłyby być prowadzone usługi na rzecz społeczności. Podał, że obiekt wybudowany w ramach referencyjnej inwestycji łączy m.in. funkcję biurową i handlową z innymi funkcjami, jednak nie oznacza to, że w związku z tym traci on przymiot budynku użyteczności publicznej w rozumieniu przepisów rozporządzenia. Należy podkreślić, że jednoznaczłą funkcją i przeznaczeniem tego obiektu była bowiem funkcja biurowa i handlowo - usługowa. Dostęp nieograniczonej ilości klientów firmy DROMET - decyduje o tym, że budynek ten ma charakter budynku użyteczności publicznej. Podkreślił, że budynek wskazany w Wykazie, budowany był od samego początku w celach handlowych i biurowo-usługowych i uznany od momentu projektu przez fazę budowy za budynek użyteczności publicznej - został wybudowany z zachowaniem wszelkich wymogów i warunków ustalonych dla budynków użyteczności publicznej.

Zauważyć należy, że dalszym zarzutem odwołującego w zakresie przedmiotowego budynku była kwestia, że przystępujący podczas realizacji inwestycji Budowa budynku biurowo-usługowego DROMET, działał w charakterze podwykonawcy. W tym zakresie przystępujący wyjaśnił, że wykonywane prace dotyczyły nie wycinka zakresu robót, ale niemal całości robót budowlanych związanych z budową przedmiotowego obiektu. W ramach tej inwestycji ARBUD wykonywał kompleksowo przedmiotową robotę za kwotę 3 549 697, 98 zł brutto w stosunku do całkowitej wartości inwestycji : 4 622 000, 000 zł brutto. Stanowi to 76,8% całości inwestycji.

Odnosząc się do zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd podał, że odwołujący zaznacza jedynie, że te rzekome niezgodności wynikają „z posiadanych przez niego informacji”. Na potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący nie przedstawia żadnych wiarygodnych dowodów, wysuwając niepotwierdzone niczym tezy. Nawet wskazane jedynie enigmatycznie informacje - nie mogą być na tyle przekonujące, żeby na ich podstawie podważać dokumenty wystawione przez inwestorów robót czy dokumentację projektową robót referencyjnych.

Natomiast w zakresie zarzutu braku wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, podał, że zamawiający w treści SIWZ określił zarówno dokumenty, które wykonawca składa w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i ich zakres. W Wykazie robót miały się znajdować informacje dotyczące robót wskazujące na rodzaj robót, ich wartość, datę wykonania, miejsce wykonania, podmioty na rzecz których roboty te zostały wykonane.

Jednocześnie zamawiający wymagał, żeby dla każdej z robót wskazanej w Wykazie wykonawca przedstawił dowód w postaci referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane potwierdzał, że roboty zostały wykonane należycie, w szczególności poprzez informacje o tym czy zostały one wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Podkreślił, że w SIWZ nie ustanowiono szczegółowego wymogu, aby referencje obejmowały np. informację co do powierzchni budynku, podobnie jak wielu innych cech budynku.

Przystępujący do postępowania wykonawca Wojtpol T.W. Z.K. Spółka Jawna ul. Przemysłowa 1, 26-900 Kozienice, wniósł o oddalenie zarzutów wobec jego oferty i poparł w tym zakresie stanowisko zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących przedstawione na piśmie i ustnie w trakcie rozprawy uznała, iż odwołanie pomimo, iż niektóre zarzuty okazały się zasadne nie mogło zostać uwzględnione, gdyż uwzględnienie tych zarzutów nie miało wpływu na wynik postępowania i w związku z tym zostaje oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zarówno wykonawcę Arbud jak i Wojtpol uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy. Odnośnie przystępującego Wojtpol odwołujący wniósł opozycję przeciwko przystąpieniu uznając, że przystąpienie nastąpiło po stronie odwołującego, a wykonawca ten nie posiada interesu w tym zakresie. Powyższe po części wynikało z wskazywanego interesu w treści przystąpienia. Izba oddaliła opozycję, gdyż po pierwsze w przystąpieniu zaznaczono stronę przystąpienia – zamawiającego, a po drugie przystępujący argumentował, że odwołanie co do wykonawcy sklasyfikowanego na pierwszym miejscu winno zostać uwzględnione – tak jak wnosił odwołujący, a podniesione wobec niego zarzuty winny zostać oddalone i ocena oferty utrzymana w mocy zgodnie z ustaleniami zamawiającego. Izba dopuściła wykonawcę Wojtpol do postępowania w zakresie stanowiska zamawiającego dotyczącego jego oferty.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Rozpoznanie odwołania nastąpiło w granicach podniesionych i podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów.

Wskazać należy, że biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, to oferta odwołującego gdyby nie została odrzucona to zostałaby sklasyfikowana na trzecim miejscu listy rankingowej. Natomiast oferta przystępującego Arbud została sklasyfikowana na miejscu pierwszym, a przystępującego Wojtpol na miejscu drugim.

W zakresie odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku podania w ofercie nazw podwykonawców Izba uznała, iż zamawiający dokonując takiej czynności dopuścił się naruszenia prawa. Przepisy Pzp wprowadzone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020 ze zm.), wskazują, iż zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zażądać od wykonawców wskazania tych części zamówienia, których realizację zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania nazw firm tych podmiotów (por. art. 36b ust. 1 ustawy Pzp).

W świetle art. 36b ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są one już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, nie określa zasad wypełnienia powyższego żądania ani nie wskazuje granicy czasowej, w której przedmiotowy wymóg musi zostać przez

wykonawcę zrealizowany. Nadto zarówno przepisy dyrektyw jak i prawo krajowe pozostawiają wykonawcy co do zasady swobodę w doborze podwykonawców, a także prawo ich zamiany na każdym etapie prowadzonego postępowania. Art 36b ust. 1 ustawy Pzp, podając zakres żądania informacji przez zamawiającego, dotyczących podwykonawstwa, posługuje się sformułowaniem „których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom”, co wskazuje, iż realizacja przez wykonawcę obowiązku informacyjnego na etapie składania ofert może nastąpić wyłącznie w okolicznościach, gdy firmy podwykonawców, z którymi wykonawca zamierza zrealizować określone działania, są mu tym momencie już znane, przy czym ustawa Pzp nie ustala zasad czy sposobu możliwości weryfikacji tej kwestii przez zamawiającego. Tym samym, niepodanie przez wykonawcę informacji, o których mowa w art. 36b ust. 1 ustawy Pzp tj. nazw firm podwykonawców wraz ze składaną ofertą nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami, w tym w szczególności odrzuceniem takich ofert. Za zasadnością takiego stanowiska przemawia także treść art. 36b ust. 1a, ust. 1b, czy ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem firm, jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia może być różny, a tym samym nie stanowi treści oferty, gdyż nie dotyczy obligatoryjnej kwestii oferty którą składa wykonawca.

W zakresie zarzutów dotyczących obydwu wykonawców, a odnoszących się do wykonania instalacji gazów medycznych Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny. Wskazać należy, że odwołujący wnosił o odrzucenie ofert zarówno wykonawcy Arbud jak i wykonawcy Wojpol z tego powodu, że żaden z wykonawców nie posiada uprawnień do wykonania instalacji gazów medycznych i ich certyfikowania, a nadto żaden z nich nie wskazał, że będzie w tym zakresie korzystał z usług podwykonawcy.

Na wstępie wskazać należy, że z analizy treści SIWZ w żadnym miejscu zamawiający nie postawił warunku udziału, aby wykonawca wykazał, iż posiada ww. uprawnienia i nadto wskazał w jaki sposób to zadanie wykona. W podobnej sprawie Sąd Okręgowy w Warszawie w orzeczeniu z dnia 3 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 wskazał, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ. Tym samym abstrahując od sytuacji, iż wykonanie instalacji gazów medycznych winno zakończyć się uzyskaniem certyfikatu nadanego przez Jednostkę Notyfikowaną to należy podkreślić, że sam odwołujący nie wskazał w odwołaniu z którym postanowieniem SIWZ oferty obu wykonawców są niezgodne, a tylko to może być podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Na marginesie zaznaczyć należy, że niewątpliwym jest, iż system rozprowadzania gazów medycznych (pod względem wykonania i oznakowania) powinien być zgodny z aktualnymi wymaganiami prawa. Przede wszystkim cała instalacja powinna być zgodna z normą PN-EN ISO 7396 i dyrektywą MDD: 93/42/EWG. Instalacja gazów medycznych jako wyrób

medyczny musi posiadać deklarację zgodności CE nadawaną przez wytwórcę przy udziale Jednostki Notyfikowanej. Taka jednostka upoważnia wytwórcę – poprzez nadanie Certyfikatu WE – do nanoszenia tego oznakowania w jej imieniu.

Biorąc pod uwagę treść SIWZ uznać należy, że zamawiający pozostawił wykonawcy swobodę w jaki sposób wykona instalację gazów medycznych, nie oczekując w tym zakresie wykazania się na etapie składania ofert posiadanymi uprawnieniami. Kwestii tej zamawiający nie nadał rangi warunku udziału w postępowaniu. Izba uznaje, że ocena treści oferty, a w szczególności jej zgodności z treścią SIWZ winna być oparta o postanowienia SIWZ i wywodzenie wymagań ponad tą treść należy uznać za niedopuszczalne. Izba zauważa, iż żaden z wykonawców na etapie prezentacji SIWZ wykonawcom zarzutu w tej kwestii nie podniósł, dlatego też obecnie zarówno Izba jak i wykonawcy muszą zmierzyć się z ustalonymi warunkami udziału. Za wyrokiem KIO z dnia 11 stycznia 2018 roku sygn. KIO 2722/17 wskazać należy, że interpretacja niesprecyzowanych dostatecznie sformułowań i określeń, budzących wątpliwości lub mogących budzić wątpliwości interpretacyjne postanowień SIWZ, dokonywana na etapie oceny ofert nie może prowadzić do zawężenia oraz zaostżenia warunków udziału w postępowaniu, na niekorzyść wykonawców. Nadto Izba wskazuje, że wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego jakie warunki udziału w postępowaniu winny być postawione wykonawcom. W tym miejscu zasadnym jest przywołanie tezy z wyroku SO w Warszawie z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt: V Ca 1109/08, gdzie sąd uznał, że „nie jest rolą wykonawcy ocena, czy wymagania SIWZ są zbędne, czy też niezbędne dla zamawiającego. Wykonawca przystępujący do przetargu ma obowiązek złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Jeśli jej treść budzi wątpliwości wykonawcy to mogą one zostać wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do zamawiającego, jak również czynność ta może zostać oprotestowana jeszcze przed upływem terminu do składania ofert.”

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała iż podniesiony w takich okolicznościach zarzut jest niezasadny, gdyż oczekiwanie odwołującego postawione w SIWZ nie ma odwzorowania w treści wymagań zamawiającego. Zamawiający w treści SIWZ określił dokumenty, które wykonawca składa w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału, lecz brak tam jest takiego wymogu w zakresie gazów medycznych objętych zarzutem odwołania. Podkreślić należy, że tak ustalona treść SIWZ w żaden sposób nie uchybia potrzebie wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

W zakresie zarzutu nie wykazania spełnienia warunków udziału przez Arbud i tym samym zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania Izba- jak w odniesieniu do zarzutu powyższego wskazuje, że ocena zasadności zarzutu jest determinowana wymaganiami zamawiającego wprost wskazanymi w SIWZ.

Dalsze zarzuty odwołania dotyczące Arbud sprowadzają się do kwestionowania powierzchni budynku wskazanego w poz.2 Wykazu i kwestionowania powierzchni i funkcji obiektu wskazanego w poz. 3 Wykazu.

Odnosząc się do poz. 2 Wykazu odwołujący w odwołaniu podniósł, że według jego wiadomości obiekt ten nie posiada wymaganej przez zamawiającego powierzchni. Dopiero na rozprawie odwołujący przedłożył fotokopię decyzji starosty piaseczyńskiego, z której wynika, że powierzchnia użytkowa budynku dydaktycznego z oddziałami przedszkolnymi dla szkoły podstawowej w Uwielinach wynosiła 1119,6 m<sup>2</sup>.

Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału wskazał na powierzchnię netto budynku podaną w projekcie technicznym i opisie przedmiotu zamówienia, a ta wynosiła 1531,10 m<sup>2</sup>. Odwołujący twierdził, że powierzchni budynku winna być wyliczana według jego powierzchni użytkowej, a nie według powierzchni netto. Oceniając powyższe Izba uznała niezasadność podnoszonego zarzutu. Niespornym w sprawie jest fakt, że zamawiający nie podał w treści warunku do jakiej powierzchni budynku winno referować spełnianie warunku udziału. Nadto zauważenia wymaga fakt, że sam zamawiający w rozdziale IV - opis przedmiotu zamówienia podał, że powierzchnia rozbudowanego budynku netto wynosi 1967,33 m<sup>2</sup>. W innej pozycji tą samą powierzchnię zamawiający nazywa powierzchnią wewnętrzną budynku. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że wykonawca Arbud nie spełnił warunku udziału w tym zakresie, gdyż poz. 1 Wykazu – niekwestionowana przez odwołującego oraz budynek wskazany w poz.2 spełniają warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie poz. 3 Wykazu wskazać należy, że powierzchnia tego obiektu nie ma wpływu na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jednakże wymaga oceny Izby, gdyż zarzut w tym zakresie jest podnoszony przez odwołującego także w kontekście podania nieprawdziwych informacji i wprowadzenia zamawiającego w błąd. W zakresie tej inwestycji (Budowa budynku usługowo - biurowego DROMET w Grodzisku Mazowieckim) wykonawca Arbud zadeklarował w Wykazie „budowę budynku użyteczności publicznej o powierzchni ponad 1500 m<sup>2</sup> w ramach inwestycji „budowa budynku biurowo- usługowego DROMED w Grodzisku Mazowieckim”. Powierzchnia to 2296,90 m<sup>2</sup>”. Odwołujący podał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że wskazany obiekt nie posiada deklarowanej powierzchni, która wynosi mniej niż wymagane 1500 m<sup>2</sup>, jednakże na etapie odwołania, żadnego dowodu w tym zakresie nie przedstawił.

Na etapie rozprawy odwołujący przedstawił zrzut ze strony internetowej firmy Dromet z którego miało wynikać, iż przedmiotowy budynek stanowi hale magazynową, a jej powierzchnia wynosi 1270 m<sup>2</sup>. Ponadto przywołał stronę 2 tego dokumentu z którego miało wynikać w oparciu o powierzchnię zabudowy, iż powierzchnia budynku wynosi 1270 m<sup>2</sup>, a nie jak twierdzi Arbud, aż 2 296 m<sup>2</sup>.

Odnosząc się do powyższej treści Izba uznaje, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał prawdziwości swoich twierdzeń. Zauważyć należy, że ze zdjęć znajdujących się na złożonym dokumencie wynika, iż co najmniej część zabudowy stanowi obiekt dwukondygnacyjny, a więc jego powierzchnia nie może być liczona według powierzchni zabudowy. Z opisu tego budynku wynika, że wskazany opis dotyczy tylko hali magazynowej. Natomiast przedstawiony w dokumencie obiekt w znacznej części takiego charakteru nie posiada, gdyż jest w nim dwupoziomowy salon sprzedaży. Nadto Izba uznaje, że dowód ze stron internetowych, czy wyrwanych części innych dokumentów nie jest dowodem w oparciu o który Izba może oprzeć swoje rozstrzygnięcie. Uszło uwadze odwołującego, że wiarygodnymi dokumentami w sprawie byłyby oświadczenia użytkowników tych obiektów, czego odwołujący nie pozyskał.

Aby oprzeć orzeczenie na określonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne, winny stwierdzać pewne dane. Tutaj odwołujący nie sprostał takiemu obowiązkowi. Podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97). Nadto Izba negatywnie ocenia sposób prezentowania dowodów przez odwołującego, tj składania ich dopiero na etapie rozprawy przed KIO. Wykonawca dla uzasadnienia postawionych zarzutów winien zgodnie z treścią art. 180 ust.3 Pzp przedstawić dowody potwierdzające realność podniesionych zarzutów, a nie uzasadniać ich prawdziwość tylko rzekomym stanem swojej wiedzy w tym zakresie. Przedstawienie dowodów na etapie rozprawy jest sprzeczne z zasadą ekonomiki procesowej, gdyż zarówno zamawiający jak i przystępujący mogliby podjąć inne czynności procesowe stosowne do wiarygodności dowodowej przedstawionych dowodów, jak np. uwzględnienie odwołania, przedstawienie dowodów negujących stanowisko odwołującego, itd.

Odnosząc się do zarzutu iż przedmiotowy obiekt nie jest obiektem użyteczności publicznej Izba uznała ten zarzut, całkowicie nie udowodniony, jako niezasadny. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu oprócz własnej oceny zaprezentowanych zdjęć, iż obiekt jest w całości halą magazynową, pomijając zupełnie widoczną na zdjęciach część handlowo-usługową. Również w kwestii podwykonawstwa w budowie tego obiektu przez Arbud nie została w żaden sposób wykazana przez odwołującego okoliczność, aby można było jednoznacznie ustalić zakres robót które Arbud jako podwykonawca wykonywał, a tym samym na jakie zasoby mógłby się powoływać.

Izba biorąc pod uwagę powyższe ustalenia uznała, że skierowane wobec oferty wykonawcy Arbud zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Po pierwsze podkreślić należy,

że nie zostało wykazane, iż podane w wykazie robót, budynki nie posiadają wymaganej przez zamawiającego powierzchni. Po drugie podkreślić należy, że w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wymagał, aby powierzchnia budynku była podana według powierzchni użytkowej. Jeśli nie stwierdzono nieprawidłowości w podanej w Wykazie powierzchni, to tym samym brak jest podstaw do uznania iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, oraz że zamawiający był zobowiązany do wyjaśniania powierzchni budynków poprzez wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Odnosnie wykonawcy Wojtpol odwołujący postawił zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie została zamawiającemu przedłożona na odpowiednią wartość polisa ubezpieczeniowa i nie został złożony dokument o niezaleganiu z podatkami na rzecz Urzędu Skarbowego.

W zakresie polisy podać należy, że zamawiający wymagał wykazania w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, posiadaniu przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną, tj. opłacona polisa - potwierdzająca, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną: 8 000 000,00 zł. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że wykonawca przedłożył w ofercie wraz z polisą nr COR 140960 na kwotę 10 ml złotych aneks do tej polisy z dnia 17.06.2020 roku podwyższający sumę ubezpieczenia do kwoty 12 ml złotych. Zostało wykazane także, że polisa na kwotę 10 ml złotych została opłacona w dniu 15 czerwca 2020 roku, natomiast aneks do tej polisy nie został opłacony, gdyż termin jej płatności został ustalony przez wystawcę na dzień 01.07.2020 roku. Odwołujący w tym zakresie stał na stanowisku, iż wprowadzenie aneksu do umowy powodowało fakt, iż polisa pierwotna nie była ważna gdyż została zmieniona aneksem i dla spełnienia warunku udziału winna była być przed terminem składania ofert opłacona.

Izba uznaje powyższy zarzut za niezasadny. Niespornym w sprawie jest fakt, że wykonawca dysponował polisą nr COR 140960 obejmującą okres ubezpieczenia od 21.05.2020 roku do 20.05.2021 roku na kwotę 10 ml. złotych. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Natomiast w zakresie spełnienia drugiego warunku udziału tj., przedłożenia zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca Wojtpol nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, Izba uznała, iż zamawiający uznając spełnienie tego warunku naruszył prawo. Termin składania ofert upływał w dniu 23.06.2020 r. Niewątpliwym jest, że wykonawca Wojtpol składając ofertę nie przedłożył wymaganego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, lecz poprzestał na złożeniu oświadczenia własnego w zakresie

niezalegania z zobowiązaniami wobec Urzędu Skarbowego (US) wraz z wyjaśnieniem, iż z powodu stanu epidemii wniosek w tej sprawie złożył do skrzynki podawczej US i dotychczas nie uzyskał stosownego zaświadczenia. Równocześnie przedstawił informację, że złożył nowy wniosek do US w formie elektronicznej. Niespornym w sprawie jest fakt, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp złożył zaświadczenie, które uzyskał z US w dniu 30 czerwca potwierdzającym stan niezalegania z podatkami na dzień 25 czerwca. Tym samym biorąc pod uwagę fakt, że termin otwarcia ofert miał miejsce w dniu 23 czerwca to na ten dzień przystępujący Wojtpol nie wykazał się posiadaniem zaświadczenia z US, wymaganego przez zamawiającego. Dokumenty na wezwanie zamawiającego, powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Dodać należy, że w trakcie rozprawy przystępujący okazał Izbie zaświadczenie z US zawierające informacje, że na dzień 23 czerwca 2020 roku Wojtpol nie posiadał zaległości w płatnościach podatków. Zaświadczenie to nosiło datę 09 lipca 2020 roku.

Ocenie Izby w zakresie przedmiotowego zarzutu podlegała kwestia, czy z powodu trwania epidemii Covid-19 możliwe jest zastąpienie zaświadczenia z US oświadczeniem własnym wykonawcy, oraz czy możliwe jest ponowne wezwanie tego wykonawcy do złożenia zaświadczenia z dnia 9 lipca 2020 roku. Zgodzić się należy ze stanowiskiem odwołującego, że inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu działali w takich samych realiach i zdołali uzyskać na czas zaświadczenia o niezaleganiu z zapłatą podatków, a wykonawca Wojtpol, składając wniosek w drodze elektronicznej o uzyskanie takiego zaświadczenia dopiero w tym samym dniu co dzień złożenia ofert, wykazał się brakiem wymaganego profesjonalizmu. Nie zostało wykazane, że brak było możliwości złożenia wniosku w formie elektronicznej ze znacznym wyprzedzeniem przez datą otwarcia ofert. Nie można automatycznie przyjmować, że w każdym przypadku uzyskanie wymaganego dokumentu jest niemożliwe i że dokumentów tych nie wydaje się, a tym samym mogą być zastąpione oświadczeniem własnym wykonawcy. W tym zakresie wykonawca nie wykazał, że po pierwsze wniosek w tej sprawie został w ogóle do US złożony, a po drugie nie uzasadnił dlaczego ponowny taki wniosek złożył dopiero w dniu upływu terminu składania ofert, kiedy jednoznacznie było wiadomym, że brak jest technicznych możliwości, aby zaświadczenie US zostało wydane w dniu złożenia wniosku.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający przy braku wykazania przez wykonawcę obiektywnych podstaw braku możliwości uzyskania zaświadczenia z US niezasadnie uznał, iż istniała przeszkoda w uzyskaniu zaświadczenia i wystarczającym było złożenie przez wykonawcę oświadczenia własnego. Dlatego też zamawiający winien był wykonawcę Wojtpol wykluczyć z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że w sytuacji kiedy wykonawca Arbud nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu to tym samym uwzględnienie przez Izbę zarzutu co do niezasadności odrzucenia oferty odwołującego, a także uznaniu zasadności braku wykluczenia wykonawcy Wojtpol nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż nadal najkorzystniejszą ofertą jest oferta Arbud. Powyższe skutkowało brakiem możliwości uwzględnienia odwołania.

Oceniając wpływ uwzględnionych zarzutów na wynik postępowania za wyrokiem SO w Poznaniu sygn. akt X Ga 85/15 z 15 maja 2015 r. wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 192 ust.2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (...).Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Podobnie wynika z Postanowienia SN z dnia 12 lutego 2014 r sygn. IV CSK 291/13, iż wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a Pzp., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....