

Sygn. akt: KIO 279/23

WYROK
z dnia 15 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **BUDO-MAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jacka Malczewskiego 23, 41-407 Imielin, **MT-eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Augustyna Kordeckiego 39, 41-407 Imielin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Katowice**, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice, Katowickie Inwestycje S.A., ul. Wandy 6, 40-322 Katowice

przy udziale

Wykonawcy – **Budimex Spółka Akcyjna**, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 4.858 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy);
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.858 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące osiemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Katowice, Katowickie Inwestycje S.A., w trybie podstawowym bez negocjacji na *Budowę nowych układów drogowych dla skomunikowania terenów o funkcjach mieszkaniowych i usługowych w mieście Katowice* (sygn. postępowania: KISA/ZIR/PN/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.08.2022 r., 2022/S 153-436159, wobec czynności z 20.01.2023 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej (BUDIMEX S.A.) i odrzuceniu oferty własnej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: BUDO-MAR Sp. z o.o., MT-eco Sp. z o.o. (Odwołujący), wnieśli w dniu 30.01.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 279/23).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex z Postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Wykonawca ten kilkakrotnie naruszył istotne zobowiązania środowiskowe, co zostało przesądzone przez stosowne, uprawnione do tego organy w drodze decyzji, a co podważa jego uczciwość, a zatem spełnione zostały wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, dlatego oferta powinna zostać odrzucona;
2. **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex z Postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Budimex w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) nieprawdziwą informację, iż nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, w sytuacji w której w rzeczywistości kilkakrotnie naruszył istotne zobowiązania środowiskowe, co zostało przesądzone przez stosowne, uprawnione do tego organy w drodze decyzji, co podważa jego uczciwość, a zatem spełnione zostały wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, dlatego oferta powinna zostać odrzucona;
3. **art. 226 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 §1 oraz art. 104 k.c. w zw. z §2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, a w

konsekwencji jej wybór, w sytuacji w której Budimex nie uzupełnił skutecznie dokumentu pełnomocnictwa, w tym nie wykazał, że w dniu składania ofert udzielił on pełnomocnictwa w odpowiedniej formie, a zatem oferta tego Wykonawcy została złożona przez osobę nieumocowaną do dokonywania tego rodzaju czynności w imieniu Budimex, co winno skutkować jej odrzuceniem;

4. **art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 122 Pzp** poprzez nieuzasadniony brak wezwania Odwołującego do wykazania braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału (uzupełnienia dokumentów w tym zakresie; podmiotowych środków dowodowych), w sytuacji w której nie można uznać, że Odwołujący w sposób skuteczny skorzystał z rozwiązania przewidzianego w art. 122 Pzp, tj. zastąpił podmioty trzecie innymi, gdyż zastąpienie takie, zgodnie z treścią tego przepisu, musi być poprzedzone stosownym żądaniem ze strony Zamawiającego, tym samym Odwołujący powinien być wezwany do uzupełnienia stosownych dokumentów (wykazania spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw do wykluczenia), czego jednak Zamawiający zaniechał, czym naruszył powołane powyżej przepisy, a co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
5. **art. 128 ust. 4 Pzp** poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (treści Wykazu osób) lub też braku podstaw do wykluczenia, w sytuacji w której treść dokumentów budziła wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dotyczy to treści Wykazu osób, a czego zaniechanie skutkowało niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego;
6. **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp** poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak złożenia stosownych dokumentów, w sytuacji w której brak złożenia tych dokumentów wynika z niezasadnego zaniechania wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (wykazania spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia), co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
7. **art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp** poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu nieprawidłowego przedłużenia ważności wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, pomimo że wadium było utrzymywane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą;
a w konsekwencji
8. **art. 16 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty

Odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty Budimex S.A., jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, która została złożona przez osobę nieumocowaną do dokonywania tego rodzaju czynności w imieniu Wykonawcy i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na brak umocowania dla osoby, która złożyła ofertę w imieniu Budimex S.A., gdyż załączone do oferty pełnomocnictwo dotyczyło innego, wskazanego w treści postępowania, prowadzonego pod analogiczną nazwą, ale o innym numerze referencyjnym, tj. KISA/ZIR/PN/9/2022. Uzupelniony na wezwanie Zamawiającego dokument – pełnomocnictwo podpisane zostało w dniu 8.11.2022 r., a zatem już po dniu złożenia oferty (21.09.2022 r.). Zawarte w pełnomocnictwie oświadczenie o treści: *Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje również wszystkie czynności wymienione w jego treści, dokonane przez każdego z Pełnomocników od dnia 9.09.2022 r. włącznie, nie potwierdza upoważnienia do złożenia oferty.*

Wprowadzającymi w błąd Zamawiającego mają być oświadczenia Budimex S.A. złożone w JEDZ w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, których dotyczą odpowiedzi udzielone na pytania w części III lit. C, podstawy wykluczenia.

Ponadto, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonać miał odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rzekomego nieprzedłużenia ważności wadium, a także niewykazania spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących badania oferty Budimex Odwołujący wskazał, iż o możliwości zakwalifikowania wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako czynu oderwanego od istoty sztywnego stosunku umownego, podkreślając jednocześnie, że można uznać takie działania za naruszenie zobowiązań środowiskowych, przesądził na gruncie prawa wspólnotowego Rzecznik Generalny w opinii z dnia 8 maja 2019 r.5: *Z motywu 101 dyrektywy 2014/24 wynika, że wykroczenia zawodowe, o których mowa w lit. c), mają głównie charakter pozaumowny, to znaczy są to niewłaściwe zachowania, które zasadniczo mają miejsce poza zakresem stosunków umownych. **Sytuacja taka ma miejsce w przypadku zachowań, które dotyczą naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej lub przemysłowej, a także niewykonania zobowiązań podatkowych lub zobowiązań dotyczących zabezpieczenia społecznego. Natomiast zachowanie określone w lit. g) stanowi typowe naruszenie umowy.** Jak wynika z szeregu decyzji wydanych względem Budimex – Wykonawca ten naruszył szeroki katalog zobowiązań środowiskowych, jednocześnie zupełnie pomijając uwzględnienie tych okoliczności w złożonym w Postępowaniu dokumencie JEDZ.*

Z przedłożonych decyzji wydanych względem Budimex ponad wszelaką wątpliwość wynika, że Wykonawca wielokrotnie naruszył art. ustawę z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, która w istotnej części określa środki służące ochronie środowiska. Jak wynika bowiem z poniższego fragmentu zestawienia decyzji Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska („WIOŚ”) wydanych w 2020 r., wobec Budimex wydano łącznie 7 decyzji potwierdzających dokonanie naruszenia przepisów, czego skutkiem stanowiło nałożenie na Wykonawcę szeregu kar administracyjnych w drodze wydanych decyzji administracyjnych.

W treści decyzji oceniono wagę naruszeń, jako wyższą od znikomej, gdyż *nielegalne działania Strony (zbieranie odpadów bez zezwolenia) dotyczyły znacznych ilości odpadów, a gospodarowanie nimi (transport, przeładunek) nie pozostawało zupełnie obojętne dla środowiska*. Zdaniem Odwołującego oznacza to, iż zasadnym jest uznanie, że doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co wypełnia przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp, a w konsekwencji podania nieprawdziwej odpowiedzi na pytanie w JEDZ również przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 10 lub 8 Ustawy Pzp.

Budimex miał również nieskutecznie uzupełnić na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo dla pełnomocnika, który złożył ofertę, co wynikać ma z faktu, iż zostało ono sporządzone dopiero w odpowiedzi na wezwanie (pełnomocnictwo z 8.11.2022 r.), a tym samym nie potwierdza istnienia umocowania do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy.

Odwołujący po otrzymaniu od Zamawiającego pisma w przedmiocie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, niezwłocznie podjął czynności mające na celu zabezpieczenie oferty wadium, czego efektem było uzyskanie nowej gwarancji ubezpieczeniowej na kwotę 600.000,00 zł, a także aneksu do gwarancji zapłaty wadium nr 02GG35/1098/22/0035 na kwotę 200.000,00 zł. Oba dokumenty zostały wystawione w tej samej dacie, tj. na siedem dni przed upływem terminu związania ofertą i upływem okresu ważności pierwotnego wadium i jedynie przez pomyłkę jeden z dokumentów, który stanowił wydłużenie treści pierwotnego zabezpieczenia, nie został złożony wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą. Odwołujący jednocześnie (tj. w tym samym czasie) podjął działania zmierzające do zabezpieczenia jego oferty w wydłużonym okresie związania, wadium, czego wynikiem było uzyskanie nowej gwarancji przez Odwołującego na kwotę 600.000,00 zł (składanej przez Lidera), a także aneksu do pierwotnej gwarancji na kwotę 200.000,00 zł (składanej przez Członka Konsorcjum), przy czym oba dokumenty zostały wystawione i podpisane w tej samej dacie. Oferta Odwołującego w całym okresie związania ofertą była zabezpieczona wadium w pełnej wysokości i nie ma żadnej przerwy w

okresach związania wadium. Samo przekazanie aneksu w dniu 23 grudnia 2022 r. nie powoduje, iż wystąpiły jakiegokolwiek przerwy w zabezpieczeniu oferty Odwołującego.

Gwarancja nr 02GG35/1098/22/0035, do której został wystawiony aneks, mogła być zrealizowana także trzy dni po upływie okresu ważności gwarancji (o czym stanowi pkt. 5.3 gwarancji), czyli do dnia 22 grudnia 2022 r., a już 23 grudnia 2022 r. Zamawiający posiadał na poczcie elektronicznej potwierdzenie, że aneks do gwarancji – zawarty w dniu 12 grudnia 2022 r., został wystawiony, a oferta jest zabezpieczona w sposób ciągły. Przy czym, gdyby w tym okresie (tj. pomiędzy 20 grudnia 2022 r. a 22 grudnia 2022 r.) Zamawiający zwrócił się do Gwaranta z wnioskiem o wypłatę z gwarancji nr 02GG35/1098/22/0035, będącej w posiadaniu Zamawiającego, Gwarant musiałby zrealizować gwarancję, gdyż nie zachodziła żadna przerwa w okresie jej obowiązywania.

Odwołujący z własnej inicjatywy (bez wezwania od Zamawiającego), w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokonał zmiany podmiotu trzeciego, na którego zasoby powoływał się pierwotnie, co w ocenie Odwołującego obligować miało Zamawiającego do pominięcia dokumentów dotyczących tego podmiotu i dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z pominięciem tych dokumentów. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia stosownych dokumentów (wszystkich brakujących) / złożenia stosownych wyjaśnień, czym naruszył treść art. 128 ust. 1 i 4 Ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 13.02.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Budimex S.A. W piśmie z 13.02.2023 r. przystępujący odniósł się do zarzutów i żądań Odwołującego, wnosząc m.in. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy z uwagi na nieposiadanie przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania statusu wykonawcy ze względu na własne uchybienia i zaniechania związane z brakiem przekazania aneksu do gwarancji wadialnej w prawidłowej formie (i w pełnej wysokości kwoty wadium) w terminie obowiązywania pierwszej gwarancji wadialnej.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu. Wniosek o odrzucenie zgłoszony przez Przystępującego podlegał oddaleniu, gdyż okoliczności jakie miałyby prowadzić do uznania, iż odwołanie wniesione zostało przez podmiot nieuprawniony, zostały zakwestionowane w treści niniejszego odwołania. Tym samym to odwołanie służyć ma przywróceniu do oceny oferty Odwołującego, a potwierdzenie zasadności zarzutów podniesionych wobec decyzji o odrzuceniu oferty spowoduje, iż Odwołujący nadal będzie posiadał status wykonawcy. Tym samym do chwili wydania prawomocnego rozstrzygnięcia w zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego nie można przesądzić, iż podmiot ten utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również odrzucenie oferty własnej, o których to czynnościach został powiadomiony pismem z dnia 20.01.2023 r. Zamawiający i Przystępujący w sposób nieuzasadniony kwestionowali odpowiednio legitymację tego wykonawcy do wniesienia odwołania, jak i spełnienie przesłanki materialnoprawnej, uznając, iż Wykonawca utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do czego prowadzić miała czynność odrzucenia jego oferty – objęta zaskarżeniem. Zamawiający i Przystępujący wywodzili z tej okoliczności, iż Izba powinna najpierw rozstrzygnąć o poprawności czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w zależności od wyniku rozstrzygnąć, czy Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, co miałyby warunkować rozpoznanie zarzutów dotyczących oferty wybranej. W ocenie Przystępującego utrata statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazywać miałyby na brak legitymacji do korzystania z środków ochrony prawnej, co w konsekwencji prowadzić powinno do odrzucenia odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Oddalając zarzuty formalne skład orzekający uznał, iż Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, a o jego statusie w postępowaniu może przesądzić dopiero wydany w sprawie wyrok. Status wykonawcy w postępowaniu na moment wniesienia odwołania został zagrożony decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego i do jego ochrony służyć ma wniesiony środek odwoławczy. W tym zakresie Zamawiający nie miał wątpliwości, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony i nie wskazywał również na podstawę do odrzucenia odwołania. Również skład orzekający nie podziela wniosków Przystępującego wobec faktu, iż wniesione odwołanie ma właśnie prowadzić do przywrócenia oferty Odwołującego do oceny. O utracie statusu wykonawcy, w kontekście wypełnienia przesłanki do odrzucenia odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawcy nie przysługują już środki ochrony prawnej. W tym zakresie stanowisko to potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych z dnia 28.04.2021 r., sygn. Akt XXIII Zs 10/21,

w którym sąd podtrzymał rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie odrzucenia odwołania wniesionego przez podmiot, który na skutek orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego utracił status wykonawcy, tj. odwołania wykonawcy, któremu nie przysługiwały już środki ochrony prawnej na czynności stanowiące wykonanie wydanych wcześniej wyroków.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż od wyniku rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego uzależniona jest ocena istnienia interesu we wniesieniu odwołania. Interes ten, w świetle utrwalonej linii orzeczniczej, badany jest na moment wniesienia odwołania i nie może być uzależniony od wyniku rozpoznania zarzutów związanych z oceną oferty Odwołującego. Stanowi bowiem materialnoprawną przesłankę warunkującą rozpoznanie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zatem to nie od rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów uzależnione jest stwierdzenie, czy składając odwołanie wykonawca miał interes w uzyskaniu zamówienia, ale od sytuacji prawnej tego podmiotu i skutków, jakie dla niego może przynieść wniesienie środka ochrony prawnej. Skoro Odwołujący złożył ofertę, która mogła być uznana za najkorzystniejszą, bez wątpliwości odwołanie wniesione wobec czynności kończących postępowanie, ma na celu ochronę jego interesu w postępowaniu. Decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, obok decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, stanowią wynik postępowania. Skoro Zamawiający wybrał ofertę Budimex, to czynność ta podlegać może odwołaniu wykonawcy, który złożył ofertę i do momentu jej wzruszenia nie może liczyć na zmianę wyniku postępowania.

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy (wskazaną poniżej), w tym oferty Budimex i Odwołującego, dokumenty składane Zamawiającemu w toku badania ofert oraz złożone w sprawie stanowiska stron i Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła.

Zgodnie z swz (pkt II.8) w postępowaniu znajdują zastosowanie fakultatywne przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 4-10 Ustawy. Zamawiający nie wprowadził natomiast do oceny podmiotowej wykonawców, badania pod kątem podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 2, w tym w lit. c Ustawy, a dotyczącej wykonawcy, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, *wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu*

obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzona tą decyzją karę pieniężną.

Zgodnie z swz pkt I.1 ppkt 6 Zamawiający dopuścił podwykonawstwo i wymagał podania w druku oferty części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jak również wskazania tych podwykonawców (o ile są znani). Zgodnie z art. 462 ust. 5 Ustawy, Zamawiający nie będzie badał, czy w stosunku do podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym swoje zasoby zachodzą podstawy wykluczenia (ppkt 7).

Zamawiający przewidział odwróconą kolejność oceny ofert, zgodnie z art. 139 Ustawy.

W pkt II.7 swz Zamawiający wskazał warunki, jakie spełniać mają wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym dotyczące zdolności technicznej i zawodowej (ppkt4, lit. a – doświadczenie, lit. b - personel).

Zgodnie z pkt II.9 swz do oferty należało dołączyć oświadczenie JEDZ w zakresie wskazanym w rozdziale II pkt 7 i 8 swz. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujące wymagane podmiotowe środki dowodowe, wskazane w rozdziale II pkt 10 swz.

Zamawiający wymaga od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdziale II pkt 10.1. swz dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, mają zastosowanie zapisy w rozdziale II pkt 10.3. swz.

Do oferty należało dołączyć pełnomocnictwo w formie elektronicznej (II.9. ppkt 4, lit. a), a także zobowiązanie podmiotu trzeciego (II.9 ppkt 4 lit. c).

*Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (**załącznik nr 3**) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:*

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;*
- sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;*

- czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wymagana forma: Zobowiązanie musi być złożone w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawców zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie.

W odniesieniu do wadium Zamawiający w pkt II.9 ppkt 4 lit. d swz wskazał:

Wymagana forma: Wniesienie wadium w poręczeniach lub gwarancjach powinno obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie, w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jego wystawcę.

W pkt II.11 swz Zamawiający określił szczegółowe wymagania dla wadium:

1) Wykonawca przystępujący do postępowania jest zobowiązany przed upływem terminu składania ofert, wnieść wadium w kwocie **800 000,00 zł**.

2) Wadium musi obejmować pełen okres związania ofertą tj. **do dnia 12.12.2022 r.**

3) Wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach wskazanych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy w banku Bank Ochrony Środowiska S.A. oddział w Katowicach Nr rachunku: 54 1540 1128 2112 7002 5217 0002 z dopiskiem "wadium dla zamówienia pn. **„Budowa nowych układów drogowych dla skomunikowania terenów o funkcjach mieszkaniowych i usługowych w mieście Katowice”**

Wadium musi wpłynąć na wskazany rachunek bankowy zamawiającego najpóźniej przed upływem terminu składania ofert (decyduje data wpływu na rachunek bankowy zamawiającego).

- Wadium wnoszone w poręczeniach lub gwarancjach należy załączyć do oferty w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu i powinno zawierać następujące elementy:

- nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (zamawiającego), gwaranta/poręczyciela oraz wskazanie ich siedzib. Beneficjentem wskazanym w gwarancji lub poręczeniu musi być Katowickie Inwestycje S.A.

- określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem,

- kwotę gwarancji/poręczenia,

- termin ważności gwarancji/poręczenia,

- zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji/poręczenia bezwarunkowo, na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, w sytuacjach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

4) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 58 p.z.p.), Zamawiający wymaga aby wadium złożone w formie poręczenia lub gwarancji obejmowało swą treścią (tj. zobowiązanych z tytułu poręczenia lub gwarancji) wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub aby z jej treści wynikało, że zabezpiecza ofertę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum).

5) W przypadku, gdy wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium, w przypadku o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

6) Zamawiający dokona zwrotu wadium na zasadach określonych w art. 98 ust. 1–5 ustawy Pzp. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący w formularzu oferty (pkt 13) wskazał części zamówienia, które zamierza podzlecic wraz z nazwami podmiotów: Justmar T. M., Rafhen J. T., JKT J. K.-T.. W formularzu oferty zostało również opisane doświadczenie osób, jakimi ma dysponować wykonawca bez podania danych personalnych tych osób (lit. c). Do oferty załączone zostały oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich wraz z zobowiązaniami podmiotów do udostępnienia zasobów: Fermata Sp. z o.o. – w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, JKT J. K.-T. – w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, Rafhen J. T. – w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, Justmar T. M. – w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (dla wszystkich zadań) oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Oferta Odwołującego, jako najwyższej oceniona poddana została dalszemu badaniu w zakresie weryfikacji podmiotowej wykonawcy. Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z 9.11.2022 r. na podstawie art. 128 Ustawy do poprawienia formularza JEDZ złożonego przez Fermata Sp. z o.o. (błędnie wpisany numer ogłoszenia). Następnie pismem z 16.11.2022 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, również potwierdzających, że podmioty, które udostępniają zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

W odpowiedzi z dnia 29.11.2022 r. Odwołujący przedłożył podmiotowe środki dowodowe i jednocześnie załączył zobowiązania innych podmiotów (podwykonawców) udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. *oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji złożone przez EUROVIA POLSKA S.A. oraz AMBET sp. z o.o., które zdecydowały się uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy robót budowlanych w zakresie udostępnionych zdolności technicznych lub zawodowych, zgodnie z treścią złożonych zobowiązań i będą realizować zakres prac, które pierwotnie miała wykonać firma JUSTMAR T. M.. (Nadal jednak firma JUSTMAR T. M. udostępnia Wykonawcy zasoby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej).*

Dla w/w podmiotów składamy także wszelkie niezbędne dokumenty, tj. JEDZ-e, oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o niepodleganiu wykluczeniu dotyczące przesłanek wymienionych w art. 5k Rozporządzenia (UE) nr 833/2014 składane na podstawie art. 125 ust.5 Pzp, podmiotowe środki dowodowe dla podmiotów udostępniających zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, o których mowa w rozdziale II pkt 10.1. SWZ, a także dowody (referencje).

Jednocześnie w załączeniu przesyłam skorygowane treści zobowiązań dotyczących udostępnienia Wykonawcy zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. poprawione zobowiązanie firmy JUSTMAR (który udostępnia zdolność ekonomiczną i finansową w zakresie zdolności kredytowej i posiadanych środków pieniężnych) oraz poprawione zobowiązanie firmy RAFHEN J. T. (który udostępnia zdolność ekonomiczną i finansową w zakresie posiadanych środków pieniężnych)

Ponadto złożone zostały dokumenty dla podmiotu Budren Sp. z o.o., który udostępnił zasoby finansowe (potencjał ekonomiczny).

Pismem z 6.12.2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą, który upływał w dniu 19.12.2022 r. o okres 60 dni, tj. do 17.02.2023 r. Przedłużenie terminu związania ofertą nastąpić miało wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zamawiający pouczył o skutkach braku wniesienia wadium, wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymania wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, jakim jest odrzucenie oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy.

Odwołujący pismem z 13.12.2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 17.02.2023 r. wraz z przedłużeniem ważności wadium. Do oświadczenia załączone

została ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG35/0794/22/0003 wystawiona na kwotę 600.000 zł, ważna w okresie 20.12.2022 r. do 17.02.2023 r.

Odwołujący przedłużył aneksem z dnia 12.12.2022 r. 02GG35/1098/22/0035/A01 ważność ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium 02GG35/1098/22/0035 wystawionej na kwotę 200.000 zł. Na mocy aneksu ważność gwarancji z 20.09.2022 r. została ustalona na okres od 21.09.2022 r. do 17.02.2023 r. Zamawiający otrzymał aneks do gwarancji w dniu 23.12.2022 r., tj. po upływie pierwotnego terminu ważności wadium określonego datą końcową 19.12.2022 r.

21.12.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Budimex S.A. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Budimex S.A. w JEDZ załączonym do oferty udzielając odpowiedzi na pytania w części III C *Podstawy wykluczenia*, na pytanie dotyczące poważnego wykroczenia zawodowego zaznaczył odpowiedź NIE.

Oferta Budimex S.A. została podpisana przez pełnomocnika, a do oferty załączono dokument pełnomocnictwa z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia ale z błędnym numerem postępowania. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4.11.2022 r. Budimex S.A. przesłał podpisane elektronicznie w dniu 8.11.2022 r. pełnomocnictwo z poprawnym oznaczeniem postępowania. W jego treści mocodawca zamieścił dodatkową klauzulę: *Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje również wszystkie czynności wymienione w jego treści, dokonane przez każdego z Pełnomocników od dnia 9.09.2022 r. włącznie.*

2.01.2023 r. do Zamawiającego wniesione zostało pismo Odwołującego wyjaśniające przyczyny i okoliczności w jakich doszło do przedłużenia ważności wadium, w szczególności odnoszące się do braku przekazania w terminie aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Wykonawca zwraca uwagę na okoliczność utrzymania przez cały okres związania ofertą (również w okresie wydłużonym) oferty zabezpieczonej wadium.

Pismem z dnia 20.01.2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Budimex S.A. oraz o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający uznał, iż zachodziły podstawy do odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. C Ustawy.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty dotyczące oferty Budimex S.A.

Dokonując wyboru oferty Budimex S.A. Zamawiający miał dopuścić się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 lub 10 Ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania tego Wykonawcy, który dopuścić miał się naruszenia istotnych

zobowiązań środowiskowych, co zostało stwierdzone wydanymi decyzjami i podważać miało uczciwość Wykonawcy, a Zamawiający miał zostać wprowadzony w błąd oświadczeniami złożonymi w JEDZ (zarzuty nr 1 i 2). Ponadto, w ocenie Odwołującego Wykonawca ten miał w sposób nieskuteczny uzupełnić pełnomocnictwo dla osoby składającej ofertę bez umocowania, co prowadzić miało do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 lit. c Ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 99 §1 oraz art. 104 k.c. w zw. z §2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

Odnosząc się w kolejności wskazanych zarzutów Izba uznała, iż w sytuacji gdy w postępowaniu nie miała zastosowania fakultatywna przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy, okoliczności podniesione przez Odwołującego i dotyczące wydanych decyzji nakładających na Budiimex S.A. kary za naruszenia przepisów ustawy o odpadach – mające wskazywać na naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, nie mogły prowadzić do stwierdzenia wypełnienia przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy odnoszącej się do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Należy przy tym zaznaczyć, iż dla sprawy zasadniczym pozostawało to, że Zamawiający nie włączył do oceny podmiotowej wykonawców zdarzeń kwalifikowanych, jako naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, co jednocześnie ograniczało zdarzenia mogące być zakwalifikowane, jako naruszenie obowiązków zawodowych mogące prowadzić do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W ocenie składu orzekającego traktowanie zdarzeń przypisanych do oddzielnej przesłanki fakultatywnej (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy), jako zachowania naruszającego obowiązki zawodowe, co jest zdarzeniem sankcjonowanym na podstawie innego przepisu (art. 109 ust.1 pkt 5 Ustawy), na gruncie tego postępowania prowadziłyby do naruszenia zasad przejrzystości, w szczególności przez wprowadzenie na etapie badania ofert podstawy do wykluczenia, której Zamawiający nie wskazał w swz. Fakt iż to samo zdarzenie może być zakwalifikowane pod różne normy nie przesądza automatycznie o możliwości ich zastosowania. W ocenie składu orzekającego okoliczności podniesione w odwołaniu wprost kwalifikowane mogą być do przypadku naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, a tym samym, jako wyłączone w postępowaniu, nie mogą wpływać na sytuację prawną wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Powoływane przez Odwołującego wyroki nie odnosiły się do okoliczności, jakie dla tego postępowania wynikały z braku wskazania na zastosowanie przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust.1 pkt 2 lit c Ustawy. Stąd tezy, z którymi zasadniczo skład orzekający się zgadza nie mogły mieć odniesienia do

odmiennych zasad oceny podmiotowej wykonawców. Ponieważ Zamawiający nie miał podstaw do oceny zdarzeń naruszających obowiązki w zakresie ochrony środowiska, nie miało dla sprawy znaczenia odnośnienie się do wydanych decyzji nakładających kary finansowe. Tym samym złożone na rozprawie dowody związane z ustaleniem, że wobec Budimex stwierdzone zostały przez organy uprawnione do kontroli (GIOŚ, WIOŚ) naruszenia przepisów z zakresu ochrony środowiska (ustawa o odpadach), w tym decyzje administracyjne, dowody w postaci raportu z kontroli, informacji z portalu, Izba pominęła, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia.

W konsekwencji uznania, iż okoliczności związane z nałożonymi karami finansowymi mogły być kwalifikowane do przesłanki fakultatywnej, która nie została przez Zamawiającego wprowadzona do stosowania w postępowaniu, nie było również podstaw do uznania, iż Wykonawca wprowadził mógł Zamawiającego w błąd wypełniając oświadczenie w JEDZ w części dotyczącej poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, która jest powiązana z inną przesłanką wykluczenia z postępowania. Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27.05.2020 r., sygn. Akt III Ca 232/20, iż zarówno pytania, jak i treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu JEDZ nie mogą być wykładane w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, których dotyczą.

Odnosząc się do drugiej podstawy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Budimex S.A., a dotyczącej uzupełnionego pełnomocnictwa wystawionego w dacie po terminie złożenia oferty, skład orzekający w całości podzielił stanowisko prezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 703/22) dotyczące możliwości naprawienia omyłek w złożonym wraz z ofertą pełnomocnictwie w drodze uzupełnienia poprawionego pełnomocnictwa podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym po upływie terminu dokonanej przez pełnomocnika czynności. Jak wskazano w tym orzeczeniu *Za prawidłowe należy uznać tylko pełnomocnictwo z datą adekwatną dla daty dokonania czynności, ale również z datą późniejszą, jeżeli potwierdza istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania, tj. z jego treści wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności.* Zacytowania w odwołaniu klauzula potwierdzająca umocowanie pełnomocników do dokonania czynności w dacie złożenia oferty, w ocenie składu orzekającego pozwala uznać, iż w dniu złożenia oferty pełnomocnik działał w imieniu mocodawcy. Wadliwość redakcji treści pełnomocnictwa (błędne wskazanie numeru postępowania, przy prawidłowej nazwie), nie może automatycznie prowadzić do wniosku, iż oferta złożona została przez osobę działającą bez umocowania. Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa opatrzonego podpisem elektronicznym nie mógł inaczej niż przez poprawienie omyłki w numerze postępowania potwierdzić skuteczność czynności pełnomocnika składające ofertę. Takie poprawienie wymagało natomiast

podpisania pełnomocnictwa z datą, w której treść została poprawiona, co jeszcze nie uprawnia do wniosku, iż składając ofertę pełnomocnika działał bez wiedzy i wbrew mocodawcy. Skoro mocodawca w poprawionym dokumencie potwierdził skuteczność podjętych w jego imieniu działań, to Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż pełnomocnika nie został prawidłowo umocowany.

Odnosząc się do zarzutów związanych z ofertą Odwołującego w pierwszej kolejności skład orzekający rozpoznał zarzut dotyczący braku przedłużenia ważności wadium na wydłużony okres związania ofertą. Skład orzekający uznał, iż przekazanie Zamawiającemu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium po upływie wskazanego w treści gwarancji terminu ważności należało uznać, za brak utrzymania ważności wadium w postępowaniu przetargowym. Mając na uwadze brzmienie art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy określającego podstawy odrzucenia oferty w związku z brakiem utrzymania wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, należy interpretować je w zgodzie z zasadami na jakich wadium może być wniesione. W ocenie składu orzekającego nie można pominąć faktu, iż dla uznania iż oferta pozostawała zabezpieczona wadium również w wydłużonym terminie związania, koniecznym było poinformowanie Zamawiającego o fakcie przedłużenia ważności wadium przed upływem terminu wskazanego w treści gwarancji. Tylko wówczas czynność oceny oferty może być przeprowadzona w zgodzie z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Przyjęcie stanowiska Odwołującego, które zasadniczo sprowadzało się do wykazania jako wystarczającego dla uznania, iż doszło do wydłużenia okresu ważności wadium ustalenie, iż nie doszło faktycznie do przerwania zabezpieczenia, oznaczałoby całkowite pominięcie znaczenia, jakie w procedurze o udzielenie zamówienia mają zasady wnoszenia wadium. Tak jak dla zabezpieczenia oferty wadium konieczne jest złożenie wraz z ofertą dokumentu wadium, który nie podlega uzupełnieniu (przepisy takiej możliwości nie dopuszczają), tak również dla wykazania, iż doszło do skutecznego wydłużenia ważności wadium jest wykazanie tego faktu przed upływem terminu pierwotnego. W przeciwnym razie prowadziłyby to do powstania niejasności, co do kroków jakie Zamawiający powinien podjąć, gdyż z jednej strony Ustawa nie uprawnia Zamawiającego do wzywania o uzupełnienie dokumentu wadium, a tym samym nie jest możliwe przyjęcie na jakich zasadach należałoby oceniać dokument złożony z naruszeniem terminu wskazanego w wezwaniu do przedłużenia ważności wadium. Należy również zauważyć, iż Zamawiający wezwał kolejnego wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co oznaczało, iż oferta ta została najwyżej oceniona. Wezwanie zostało skierowane przed tym nim Odwołujący przekazał aneks do gwarancji. Przyjęcie złożonego po terminie ważności gwarancji dokumentu prowadziłyby do niejasnej dla wykonawców sytuacji, w szczególności

prować musiałyby do uchylenia skutków wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Ponieważ Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania zasad postępowania, a jego czynności w postępowaniu muszą podlegać ocenie pod kątem zgodności z przepisami regulującymi procedurę, przy braku przepisów umożliwiających uzupełnienie dokumentu wadialnego, w sytuacji kiedy wykonawca zostaje wezwany do wydłużenia zabezpieczenia oferty wadium na wydłużony okres związania ofertą, nie ma podstaw do przyjęcia, jako skutecznego utrzymania zabezpieczenia wadialnego sytuacji, w której Zamawiający o tym fakcie nie wie w momencie upływu terminu ważności gwarancji wadialnej.

Powyższe w zasadzie przesądzało o tym, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu. Niezależnie od oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy, sytuacja prawna Wykonawcy w postępowaniu nie może ulec zmianie. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zgodnie natomiast z art. 128 ust. 1 pkt 2 Ustawy jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust.1 pkt 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy Zamawiający wskazał na braki w dokumentach dotyczących samego wykonawcy, jak i podmiotów udostępniających zasoby, bez wcześniejszego wezwania do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, uznając, że Wykonawca dokonując samodzielnej zmiany podmiotów na zasoby, których powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwił Zamawiającemu wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1, oraz na podstawie art. 122 Ustawy. Odnosząc treść przepisów do stanu w jakim Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, należy wskazać, iż dokumenty podmiotowe złożone na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Ustawy przez Odwołującego, którego ofertę Zamawiający ocenił najwyżej, były pierwszymi złożonymi w postępowaniu dokumentami, na podstawie których Zamawiający miał ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ofercie załączone zostały bowiem jedynie wstępne oświadczenia w JEDZ wypełnione

tylko dla części α przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz podmioty, które udostępnić miały zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu potwierdzające sytuację finansową lub ekonomiczną oraz zdolności techniczne lub zawodowe. Zobowiązania podmiotów trzecich dołączone do oświadczeń w JEDZ nie identyfikowały konkretnych zdolności, czy też zasobów, jakie miały podlegać ocenie. Zgodnie z swz, oświadczenia w JEDZ wstępnie zastępowały podmiotowe środki dowodowe, do których złożenia zobowiązany był tylko wykonawca wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy. Otrzymując na wezwanie podmiotowe środki dowodowe Zamawiający ustalił, iż doszło w części do wymiany podmiotów trzecich, co miało uzasadniać odstąpienie od wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie stwierdzonych w informacji o odrzuceniu oferty, braków. *Wykonawca podejmując decyzję o zmianie podmiotów trzecich wyczerpał ustawową możliwość wezwania go przez Zamawiającego w trybie art. 122 ustawy Pzp, a wezwanie z art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej od art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podstawy uzupełniania dokumentów.*

Skład orzekający uznał, iż Zamawiający błędnie powiązał skutek jaki dla oferty miała zmiana podmiotów trzecich z procedurą badania dokumentów podmiotowych, tj. przyjmując iż sama zmiana podmiotów (bez wcześniejszej oceny dokumentów dotyczących tych podmiotów), zwalniała Zamawiającego z obowiązku wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy. Art. 128 Ustawy w sposób kompleksowy reguluje zasady uzupełniania dokumentów, w tym wskazuje w jakich sytuacjach takie uzupełnienie nie może mieć miejsca (art. 128 ust. 3 Ustawy). Przepis w sposób jednoznaczny nakłada obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów z wyłączeniem przypadków wskazanych w ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy. Ponieważ faktycznie oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu w związku z brakiem utrzymania zabezpieczenia oferty wadium na wydłużony okres związania ofertą, to tylko w oparciu o tę podstawę Zamawiający mógł odstąpić od wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Tym samym zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Ustawy podlegała oddaleniu, podobnie jak pozostałe zarzuty wynikowe wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu, wykazane rachunkami złożonymi na rozprawie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....