

**Sygn. akt: KIO 767/21**

**KIO 774/21**

**WYROK**

**z dnia 10 maja 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 6 maja 2021 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A) w dniu 10 marca 2021 roku przez wykonawcę Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie – sygn. akt KIO 767/21,
- B) w dniu 10 marca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI spółka akcyjna z siedziba w Sopotcie i NDI SPOPT spółka akcyjna z siedzibą w Sopotcie – sygn. akt KIO 774/21,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich

przy udziale:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI spółka akcyjna z siedziba w Sopotcie i NDI SPOPT spółka akcyjna z siedzibą w Sopotcie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 767/21 po stronie Zamawiającego,
- b) wykonawcy Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 774/21 po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1.

- A) Uwzględnia w części odwołanie wykonawcy Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 767/21).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 marca 2021 roku tj. oferty wykonawcy P. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W zakresie zarzutu 3 odwołanie jest niezasadne.

- B) Uwzględnia w części odwołanie wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI spółka akcyjna z siedziba w Sopocie i NDI SPOPT spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 774/21).

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 marca 2021 roku tj. oferty wykonawcy P. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy P. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 6 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych

W zakresie zarzutu 7 odwołanie jest niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 767/21), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI spółka akcyjna z siedziba w Sopocie i NDI SPOPT spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 774/21), a także Zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 767/21), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI spółka akcyjna z siedziba w Sopocie i NDI SPOPT spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 774/21), tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od Zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich na rzecz wykonawcy Ingeris spółka akcyjna z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 767/21) kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 zasądza od Zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI spółka akcyjna z siedziba w Sopocie i NDI SPOPT spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (sygn. akt KIO 774/21) kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 767/21**

**KIO 774/21**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą

*Wykonanie w ramach projektów: "Efektywność energetyczna w kompleksie budynków Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich - etap I" współfinansowanego przez UE ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 (Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego) dla Osi Priorytetowej: IV. Efektywność Energetyczna, Odnawialne Źródła Energii i Gospodarka Niskoemisyjna dla Działania: 4.3. Efektywność Energetyczna i Odnawialne Źródła Energii w Infrastrukturze Publicznej i Mieszkaniowej dla Poddziałania: 4.3.4. Efektywność Energetyczna i Odnawialne Źródła Energii w Infrastrukturze Publicznej i Mieszkaniowej - konkurs oraz "Efektywność energetyczna w kompleksie budynków Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich - etap II" współfinansowanego przez UE ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w Ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 (Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego) dla Osi Priorytetowej: IV. Efektywność Energetyczna, Odnawialne Źródła Energii i Gospodarka Niskoemisyjna dla Działania: 4.4. Wysokosprawna Kogeneracja w formule "zaprojektuj i wybuduj" dokumentacji projektowej, dostawy urządzeń, robót budowlanych i instalacyjnych dla przedsięwzięcia pn.: "Efektywność energetyczna w kompleksie budynków Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakieta w Siemianowicach Śląskich"*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 listopada 2020 roku pod numerem 613208-N-2020.

**Sygn. akt KIO 767/21**

10 marca 2021 roku działając na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy

czynności oraz zaniechań czynności do których Zamawiający jest zobowiązany:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę P. sp. z o.o., ul. Platynowa 4,43-200 Pszczyna, zwanego dalej „P.”, jako najkorzystniejszej oferty;
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego;
- c) czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- d) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- e) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu mające wpływ na wynik postępowania naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego nie została złożona ani przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert, ponadto art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy w ogóle nie ma zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego a wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wcale nie skutkuje odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie wykazał spełnianie warunków przez inny podmiot na zasoby którego Odwołujący się powołał;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy oraz art. 91 ust. 1 Ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy P. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu,
- unieważnienia czynności wyboru oferty P. jako najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- w konsekwencji dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący podał, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy poniósł szkodę, bowiem w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, przed ofertą wykonawcy P. . Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, gdyby nie odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczenie Odwołującego z postępowania, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyż zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 nPzp. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

### ***Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty***

Co do zarzutu z pkt 1:

Zamawiający pismem z dnia 05 marca 2021 r., znak CLO/ZP/276/2021, zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający wskazał w ww. piśmie, że:

*„Zamawiający odrzuca z postępowania ofertę złożoną przez:*

*INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 1 8/28 B, 42-215 Częstochowa Uzasadnienie prawne: art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Uzasadnienie faktyczne:*

*(...)*

*Wykonawca nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także nie wykazał spełnienia warunków przez inny podmiot na zasoby, którego Wykonawca się powołał, w związku z tym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje odrzuceniem oferty."*

Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego, wynikające tylko i wyłącznie z bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, również jest bezpodstawne i zostało dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Ponadto, w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Odwołujący podnosi, że zastosowana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu. Wskazany przepis nakłada bowiem na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna tego przepisu odnosi się do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy, zaś w drugim następuje złożenie ofert przez konkretnych, uprzednio zaproszonych przez Zamawiającego, wykonawców. Niniejsze postępowanie nie jest prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego, ale w trybie przetargu nieograniczonego, zatem wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego na jego podstawie jest oczywiście wadliwe i stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Kwestia powyższa nie budzi przy tym żadnych wątpliwości w orzecznictwie Izby, które jest w tym zakresie jednolite (np.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 147/20).

#### Co do zarzutu z pkt 2:

Zgodnie z ppkt 5.2.1. SIWZ warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

*„5.2.1. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj. dla dokumentacji projektowej*

- a) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową, tj. pełnobranżowe projekty budowlane i wykonawcze w branżach - architektonicznej, instalacji sanitarnych i elektrycznych dla odbudowy lub przebudowy lub remontu lub termomodernizacji obiektu wpisanego do rejestru*

*zabytków obejmujące swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła, stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia;*

- b) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową dla budowy lub przebudowy lub remontu lub obiektu obejmującej swym zakresem dostawę, instalację i uruchomienie modułu kogeneracyjnego o mocy elektrycznej minimum 100kW*

*dla robót budowlanych:*

- a) wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto*
- b) wykonał, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na zabudowie oraz uruchomieniu modułu kogeneracyjnego o mocy elektrycznej minimum 100kW"*

Na potwierdzenie ww. warunku dotyczącego zamówienia polegającego na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków Odwołujący w wykazie wykonanych robót budowlanych złożonym pierwotnie, tj. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wskazał zamówienie o nazwie „Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie”, wykonane dla Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego - Centrum Edukacji Artystycznej przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. (podmiot udostępniający zasoby). Ww. zamówienie zostało opisane w ww. wykazie w następujący sposób:

*„Robota budowlana polegająca na termomodernizacji czynnego obiektu wpisanego do rejestru zabytków obejmująca swym zakresem:*

- zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych [w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego); węzła rozdzielaczowego zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła cieplnego woda/mieszanka woda- glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu,*
- wymianę stolarki okiennej, drzwiowej,*
- wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym, węźle rozdzielaczowym,*
- inne roboty termomodernizacyjne".*

Odwołujący wskazał więc, że za zabudowane źródła ciepła uznaje:



- pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego),
- węzeł cieplny woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu.

Zamawiający w piśmie z 28 stycznia 2021 r., znak CLO/ZP/132/2021, skierowanym do Odwołującego, stwierdził, że:

*„zgodnie z zapisami art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywamy Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego lub zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazania spełnienia warunku w zakresie udostępnianego zasobu.*

*Złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty, tj. roboty budowlane realizowane przez firmę CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. pn. Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie wskazały, że wykonawca nie spełnia warunku określonego w rozdziale 5.2.1. SIWZ dla robót budowlanych w zakresie zabudowy lub wymiany źródeł ciepła.*

*W SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że:*

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.*

*Warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:*

*5.2.1. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj. dla robót budowlanych:*

*a) wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto.*

*Zamawiający zwrócił się do Centrum Edukacji Artystycznej o udostępnienie informacji na temat roboty budowlanej wykonywanej przez Wykonawcę CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. z siedzibą w Częstochowie (42-200) przy ulicy Pułaskiego 25 w ramach projektu pn. Kompleksowa modernizacja energetyczna wybranych placówek szkolnictwa artystycznego w Polsce współfinansowanego ze środków UE w ramach POliS 2014-2020 dla zadania pn. Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. Żebrowskiego w Częstochowie roboty budowlano-instalacyjne. Z przekazanych informacji*

wynika, że: *...w zakresie prac budowlano-instalacyjnych była tylko i wyłącznie wymiana instalacji wewnętrznej centralnego ogrzewania. Żadnych prac obejmujących zabudowę lub wymianę źródeł ciepła nie wykonywano.*

*W związku z powyższym Wykonawca powinien przedłożyć wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego lub osobiście potwierdzić spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego."*

Jak wynika z ww. pisma Zamawiającego jedyną podstawą wezwania skierowanego do Odwołującego było to, że Zamawiający zwrócił się do Centrum Edukacji Artystycznej o udostępnienie informacji na temat roboty budowlanej wykonywanej przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. a z przekazanych Zamawiającemu informacji ma wynikać, że robota ta nie obejmowała ani zabudowy, ani wymiany źródeł ciepła.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Odwołujący w swoim piśmie z 02 lutego 2021 r. wskazał, że wystosowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie ma podstaw. W ocenie Odwołującego złożony przez niego wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z załączonymi do niego referencjami potwierdza spełnianie warunku doświadczenia dotyczącego robót budowlanych. W szczególności składając ww. wykaz i referencje Odwołujący wykazał, że CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. wykonała co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmujące swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto. Tym samym doświadczenie udostępnione Odwołującemu przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. potwierdza spełnienia sformułowanego przez Zamawiającego warunku doświadczenia.

Odwołujący wskazał ponadto w ww. piśmie, że w jego ocenie przytoczona przez Zamawiającego odpowiedź otrzymana od Centrum Edukacji Artystycznej, tj. że: *„...w zakresie prac budowlano-instalacyjnych była tylko i wyłącznie wymiana instalacji wewnętrznej centralnego ogrzewania. Żadnych prac obejmujących zabudowę lub wymianę źródeł ciepła nie wykonywano”*, wynika z tego, iż Zamawiający w zapytaniu skierowanym do Centrum Edukacji Artystycznej ograniczył się tylko i wyłącznie do przytoczenia warunku udziału w postępowaniu, nie przytoczył natomiast zamieszczonego w wykazie robót budowlanych i zacytowanego powyżej opisu zamówienia wykonanego przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. W rezultacie Zamawiający niejako zmusił Centrum Edukacji Artystycznej do samodzielnego ustalenia, co należy uznać za źródło ciepła, do czego Centrum Edukacji Artystycznej z oczywistych względów nie ma żadnych kompetencji ani potrzebnej wiedzy. Odwołujący wskazał ponadto na swoje podejrzenia, iż odpowiedź Centrum Edukacji Artystycznej wynikała z tego, iż w dokumentacji projektowej dotyczącej zamówienia

publicznego pn. „Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie” nie użyto sformułowania „źródło ciepła”. Powyższe nie zmienia jednak tego, że w ramach robót budowlanych wykonanych przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. zabudowane zostały przez ww. wykonawcę:

- pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego),
- węzeł cieplny woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu.

Ponadto Odwołujący przedstawił szereg argumentów i dowodów na to, że ww. pompy ciepła oraz ww. węzeł cieplny stanowią źródła ciepła, zatem mogły być wskazane przez Odwołującego jako źródło ciepła na potwierdzenie spełniania warunku.

Odwołujący wskazał również w ww. piśmie, że jak Zamawiającemu wiadomo pismem z 01 lutego 2021 r. Odwołujący wystąpił do Centrum Edukacji Artystycznej o sprostowanie stanowiska przekazanego Zamawiającemu (ww. pismo zostało przesłane do wiadomości Zamawiającego). W szczególności Odwołujący zwrócił się z prośbą o potwierdzenie przez Centrum Edukacji Artystycznej, że w ramach realizacji robót budowlanych wykonanych przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. zabudowane zostały:

- pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego);
- węzeł cieplny woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu.

W odpowiedzi na powyższe Centrum Edukacji Artystycznej w piśmie z 02 lutego 2021 r. (znak FS.7044.20.2016.AJ, L. dz. 492/2021), przesłanym także do wiadomości Zamawiającego, wskazało, że zakres wykonywanych prac dla zadania pn. „Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie” obejmował m.in.:

*„- dostawę i montaż pomp ciepła powietrze/powietrze zabudowanych w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej — pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego),*

- dobudowę/rozbudowę poprzez dostawę i montaż technologii węzła cieplnego woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu.”*

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że opis doświadczenia udostępnionego przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A., zamieszczony w wykazie wykonanych robót budowlanych,

odpowiada rzeczywistości. Ponadto Centrum Edukacji Artystycznej wyjaśniło, że: *„Zamawiający - ze względu na nieprecyzyjność użytego sformułowania zabudowa źródeł ciepła - nie dokonuje interpretacji, czy wyżej wymieniony zakres prac może zostać zakwalifikowany do wskazanej kategorii.”* Z powyższego wynika jednoznacznie, że Centrum Edukacji Artystycznej wycofało się ze swoich dotychczasowych kategoriycznych stwierdzeń, iż: *„...w zakresie prac budowlano-instalacyjnych była tylko i wyłącznie wymiana instalacji wewnętrznej centralnego ogrzewania. Żadnych prac obejmujących zabudowę lub wymianę źródeł ciepła nie wykonywano.”* Co więcej, Centrum Edukacji Artystycznej przyznało, że sformułowanie *„zabudowa źródeł ciepła”* jest nieprecyzyjne. Tym samym potwierdza się, że czynność wezwania z 28 stycznia 2020 r. była nieuzasadniona i wynikała z braku odpowiedniego porozumienia Zamawiającego z Centrum Edukacji Artystycznej.

Niezależnie od powyższego, wyłącznie z ostrożności oraz na wypadek gdyby Zamawiający nie uwzględnił argumentacji i dowodów przedstawionych we wcześniejszej części pisma Odwołującego z 02 lutego 2021 r. i nie unieważnił czynności wezwania z 28 stycznia 2020 r. (do czego Odwołujący go wezwał), Odwołujący oświadczył w ww. piśmie, że zgodnie z art. 22a ust. 6 Ustawy zastępuje CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. innym podmiotem, tj. GIJO KAPSA Spółka Komandytowa z siedzibą w Chorzowie (41-500) pod adresem ul. Nowa 32. Odpowiednio do powyższego do pisma z 02 lutego 2021 r. Odwołujący załączył:

- a) zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka Komandytowa do oddania wykonawcy INERGIS S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zgodnie z art. 22a ust. 1 Ustawy;
- b) wykaz wykonanych robót budowlanych, uzupełniony o opis doświadczenia udostępnionego przez GIJO KAPSA Spółka Komandytowa, wraz z referencją dotyczącą robót budowlanych wykonanych przez GIJO KAPSA Spółka Komandytowa (referencje dotyczące pozostałych robót wskazanych w wykazie zostały już Zamawiającemu złożone);
- c) uzupełnione oświadczenie dot. przesłanek wykluczenia (załącznik nr 2 do specyfikacji);
- d) uzupełnione oświadczenie dotyczące spełniania warunków (załącznik nr 3 do specyfikacji).

Ponadto, wyłącznie z ostrożności oraz na wypadek gdyby Zamawiający nie uwzględnił argumentacji i dowodów przedstawionych we wcześniejszej części pisma Odwołującego z 02 lutego 2021 r. i nie unieważnił czynności wezwania z 28 stycznia 2020 r., Odwołujący oświadczył w ww. piśmie, że zamierza powierzyć część robót budowlanych do wykonania GIJO KAPSA Spółka Komandytowa jako podwykonawcy. Odwołujący raz jeszcze podkreślił przy tym, że wszystko powyższe czyni wyłącznie z ostrożności oraz na wypadek gdyby Zamawiający nie uwzględnił argumentacji i dowodów przedstawionych we wcześniejszej części pisma Odwołującego z 02 lutego 2021 r. i nie unieważnił czynności wezwania z 28

stycznia 2020 r., gdyż w ocenie Odwołującego doświadczenie udostępnione mu przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. potwierdza spełnianie warunku udziału.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 05 marca 2021 r., znak CLO/ZP/276/2021, Zamawiający nie zaakceptował ani wyjaśnień Odwołującego przedstawionych w piśmie z 02 lutego 2021 r., ani załączonych do ww. pisma uzupełnionych dokumentów podmiotowych dotyczących GIJO KAPSA Spółka Komandytowa. Zamawiający wskazał bowiem, że: *„Wykonawca nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także nie wykazał spełnienia warunków przez inny podmiot na zasoby, którego Wykonawca się powołał, w związku z tym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje odrzuceniem oferty.”*

W ramach uzasadnienia faktycznego swojej decyzji Zamawiający podniósł, że:

*„Przytaczane przez Wykonawcę spełnienie warunku: zabudowy lub wymiany źródeł ciepła poprzez:*

- *zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego);*
- *węzła rozdzielaczowego zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła cieplnego woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu, (...)" nie jest spełnieniem tego warunku.*

*Pompa ciepła powietrze/powietrze zamontowana w centralach wentylacyjnych nie wpisuje się w definicję źródła ciepła, które definiuje (przywołana w PFU pkt 3.3) Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami), zwana dalej Ustawą.*

Zgodnie z art.2 ust. 6 i 7 w/w Ustawy użyte w niej definicje oznaczają:

- 6) *lokalna sieć ciepłownicza — sieć ciepłownicza dostarczająca ciepło do budynków z lokalnych źródeł ciepła:*
- 7) *lokalne źródło ciepła:*
  - a) *kotłownie lub węzeł cieplny, z których nośnik ciepła jest dostarczany bezpośrednio do instalacji ogrzewania i ciepłej wody w budynku,*
  - b) *ciepłownie osiedlowa lub grupowy wymiennik ciepła wraz z siecią ciepłowniczą o mocy nominalnej do 11,6 MW, dostarczająca ciepło do budynków*

W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego lub zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia tego podmiotu innym

*podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazania spełnienia warunku w zakresie udostępnianego zasobu."*

Powyższa argumentacja jest nie do zaakceptowania a wywody Zamawiającego stoją w rażącej sprzeczności zarówno z literalnym brzmieniem SIWZ jak i z treścią wezwania do uzupełnienia z 28 stycznia 2021 r., znak CLO/ZP/132/2021. Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że Zamawiający, formułując w ppkt 5.2.1. lit, a) SIWZ warunek doświadczenia dla robót budowlanych, posłużył się określeniem „źródło ciepła” bez jakiegokolwiek zdefiniowania czy dookreślenia tego pojęcia. W szczególności Zamawiający nawet przykładowo nie wskazał, co rozumieć należy przez źródło ciepła, nie wskazał też, co nie stanowi źródła ciepła w rozumieniu ww. warunku. Powyższy brak wskazania w SIWZ choćby w sposób opisowy, co należy rozumieć przez źródło ciepła, spowodował dwie konsekwencje.

Po pierwsze, Odwołujący, chcąc uniknąć zarzutów, że niesłusznie zakwalifikował wykonane przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. instalacje jako źródła ciepła, w złożonym wykazie robót budowlanych szczegółowo opisał jakie konkretnie instalacje stanowiące w jego ocenie źródło ciepła zostały wykonane przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A.

Po drugie, wobec niezdefiniowania przez Zamawiającego pojęcia „źródło ciepła”, zakwalifikowanie powyższych instalacji jako źródeł ciepła było w pełni prawidłowe, zasadne i dopuszczalne. Jak bowiem wynika z utrwalonego orzecznictwa Izby nie jest uprawnione interpretowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób wykraczający poza ich literalne brzmienie i w konsekwencji prowadzące do ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie, tj. na niekorzyść wykonawców składających oferty w postępowaniu, jedynie przez odwołanie do intencji czy interesów zamawiającego z tym związanych. W orzecznictwie nie budzi żadnych wątpliwości, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, upublicznionych w ogłoszeniu i SIWZ (np. wyrok z dnia 24 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 867/13, wyroku z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 386/13, wyrok z dnia 14 marca 2014 r. sygn. akt 395/14; wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt lili Ca 70/15; wyrok z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 1994/17).

W świetle literalnego brzmienia SIWZ, a przede wszystkim w świetle literalnego brzmienia warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia wykładni SIWZ przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie z 05 marca 2021 r., znak CLO/ZP/276/2021. Co więcej, wykładania ta jest na niekorzyść wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu i prowadzi do ich eliminacji z postępowania, co jest kolejnym argumentem

za jej niedopuszczalnością. Przytoczone powyżej orzecznictwo potwierdza natomiast, że wręcz konieczne jest przyjęcie przez Zamawiającego szerokiej interpretacji warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, a zwłaszcza szerokiego rozumienia pojęcia „źródło ciepła”. Przyjęcie takiej właśnie szerokiej interpretacji warunku jest jedynym sposobem, aby Zamawiający mógł zniwelować skutki braku zdefiniowania w SIWZ co należy rozumieć przez źródło ciepła, względnie jakie warunki ma spełniać dana instalacja, aby Zamawiający uznał ją za źródło ciepła. Przyjęcie przez Zamawiającego niezwykle wąskiej definicji źródła ciepła na obecnym etapie postępowania (tj. po terminie składania ofert) i eliminowanie z postępowania tych wykonawców, którzy do tej nigdzie i nigdy wcześniej nieprzedstawionej im definicji się nie dopasowali, narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W ocenie Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że Odwołujący, wobec niezdefiniowania przez Zamawiającego pojęcia „źródło ciepła”, musiał samodzielnie ustalić, co uznać można za źródło ciepła. W rezultacie zakwalifikowanie wskazanych w wykazie robót instalacji, wykonanych przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. jako źródeł ciepła było w pełni prawidłowe, zasadne i dopuszczalne. O powyższym przesadza nie tylko brak jakiegokolwiek zdefiniowania czy dookreślenia tego pojęcia w SIWZ, ale również to, że ww. instalacje obiektywnie stanowią źródło ciepła. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył do swojego pisma z 02 lutego 2021 r. i przedstawił Zamawiającemu następujące dokumenty:

- a) oświadczenie pana W. N., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NEON W. N., autora dokumentacji projektowej dla inwestycji „Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie”, który potwierdził, że w jego profesjonalnej ocenie ww. pomy ciepła oraz ww. węzeł cieplny stanowią źródła ciepła,
- b) pierwszą stroną projektu budowlanego dla inwestycji „Term o modernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie”, z której wynika, że jej autorem (projektantem) jest pan W. N.,
- c) opinię na temat pompy ciepła powietrze/powietrze jako źródła ciepła, sporządzoną przez dr inż. M. P. oraz dr inż. R. Z., pracowników naukowych Katedry Zaawansowanych Technologii Energetycznych na Wydziale Infrastruktury i Środowiska Politechniki Częstochowskiej,
- d) oświadczenie Clima Gold Sp. z o.o., jednego z wiodących w Polsce producentów central wentylacyjnych.

Dodatkowo 2 lutego 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo z Polskiego Związku Inżynierów i Techników Budownictwa Oddział w Częstochowie z 2 lutego 2021 r., dotyczące interpretacji pompy ciepła zabudowanej w centrali wentylacyjnej w świetle pojęcia „źródła ciepła”.

Ww. dokumenty jednoznacznie potwierdzają, że ww. pomy ciepła oraz ww. węzeł cieplny stanowią źródła ciepła, zatem mogły być wskazane przez Odwołującego jako źródło ciepła. Tym samym nie ma żadnych wątpliwości, że powołane przez Odwołującego doświadczenie, udostępnione przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A., potwierdza spełnianie wskazanego powyżej warunku udziału w postępowaniu. Jest przy tym znamienne, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do powyższych dokumentów i nawet nie próbował podważyć przedstawionego w nich stanowiska.

Odwołujący argumentował, że najbardziej oburzające w postępowaniu Zamawiającego jest jednak to, że w swoim piśmie z 05 marca 2021 r., znak CLO/ZP/276/2021, Zamawiający po raz pierwszy sformułował konkretne i zarazem bardzo specyficzne wymagania, które musi spełniać dana instalacja, aby Zamawiający uznał ją za źródło ciepła w rozumieniu ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ. Tym samym Zamawiający w ww. piśmie w rzeczywistości sformułował zupełnie nowy warunek udziału, o innym brzmieniu niż warunek zawarty w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu, co jest oczywiście niedopuszczalne już choćby ze względu na etap postępowania (po upływie terminu składania ofert). Jak bowiem wynika z ww. pisma Zamawiającego jedynym powodem dla którego Zamawiający uznał, że doświadczenie udostępnione Odwołującemu przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. nie spełnia wymagań SIWZ, jest to, że:

*„Przytaczane przez Wykonawcę spełnienie warunku: zabudowy lub wymiany źródeł ciepła poprzez:*

- zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego);*
- węzła rozdzielaczowego zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła cieplnego woda/mieszanina woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu, nie jest spełnieniem tego warunku.*

*Pompa ciepła powietrze/powietrze zamontowana w centralach wentylacyjnych nie wpisuje się w definicję źródła ciepła, które definiuje (przywołana w PFU pkt 3.31 Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (DZ. U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami), zwana dalej Ustawa.*



Zgodnie z art.2 ust. 6 i 7 w/w Ustawy użyte w niej definicje oznaczają:

6) *lokalna sieć ciepłownicza — sieć ciepłownicza dostarczająca ciepło do budynków z lokalnych źródeł ciepła:*

7) *lokalne źródło ciepła:*

a) *kotłownie lub węzeł cieplny, z których nośnik ciepła jest dostarczany bezpośrednio do instalacji ogrzewania i ciepłej wody w budynku.*

b) *ciepłownię osiedlową lub grupowy wymiennik ciepła wraz z siecią ciepłowniczą o mocy nominalnej do 11,6 MW, dostarczająca ciepło do budynków"*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podał, że nigdzie w ppkt 5.2.1. lit, a) SIWZ Zamawiający nie wskazał ani nawet nie zasugerował, iż użyte tam pojęcie „źródło ciepła” należy rozumieć zgodnie z ustawą z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków (tj. z dnia 22 listopada 2019 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 22 ze zm.1. Tak samo Zamawiający nie wskazał tam ani nawet nie zasugerował, że przez „źródło ciepła” należy rozumieć:

a) lokalną sieć ciepłowniczą, czyli sieć ciepłowniczą dostarczającą ciepło do budynków z lokalnych źródeł ciepła (zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków), albo

b) lokalne źródło ciepła, czyli:

- kotłownią lub węzeł cieplny, z których nośnik ciepła jest dostarczany bezpośrednio do instalacji ogrzewania i ciepłej wody w budynku,

- ciepłownię osiedlową lub grupowy wymiennik ciepła wraz z siecią ciepłowniczą o mocy nominalnej do 11,6 MW, dostarczającą ciepło do budynków

(zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków).

Ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ tego wszystkiego, na co obecnie wskazuje Zamawiający, po prostu nie zawiera. Co więcej, również w pozostałych punktach SIWZ próżno szukać wskazania, że pojęcie „źródło ciepła” należy rozumieć zgodnie z ustawą o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków, jak i próżno szukać informacji, że przez „źródło ciepła” należy rozumieć:

a) lokalna sieć ciepłownicza (zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków), albo

b) lokalne źródło ciepła (zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków).

Odwołujący wskazał, że w SIWZ Zamawiający nie zawarł jakiegokolwiek definicji „źródła ciepła”, nawet choćby przez odesłanie w tym zakresie do ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków. Wbrew

insynuacjom Zamawiającego takiego odesłania nie zawiera też pkt 3.3 PFU (Programu Funkcjonalno - Użytkowego). Ww. punkt ma bowiem następujące brzmienie:

*„3.3 Wykaz ustaw, rozporządzeń, norm i instrukcji związanych z projektowaniem i wykonaniem zadania inwestycyjnego.*

(...)

*- Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. nr 223 z 2008r., poz. 1459) wraz z późniejszymi zmianami."*

Ww. punkt PFU (jak zresztą i całe PFU) odnosi się zatem do etapu realizacji zamówienia (etapu projektowania i wykonania zadania inwestycyjnego), a nie do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Treść pkt 3.3 PFU nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym zakresie. Zresztą również w pkt 3.3 PFU brak jest wskazania, czy choćby sugestii, że użyte przez Zamawiającego w ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ pojęcie „źródło ciepła” należy rozumieć zgodnie z ustawą o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków. Z pkt 3.3 PFU nic takiego nie wynika, a zwłaszcza nie wynika, że przez „źródło ciepła” należy rozumieć lokalną sieć ciepłowniczą albo lokalne źródło ciepła (w rozumieniu ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków).

Nie ma też żadnych wątpliwości, że postanowienia SIWZ dotyczące warunków udziału trzeba wyraźnie rozdzielić od postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie np. wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 644/17, wyrok z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 901/17, wyrok z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2524/17. Wykładnia warunków udziału w postępowaniu przez odwołanie się do opisu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalna. Dodać należy, że taka wykładnia jest tym bardziej niedopuszczalna, jeżeli jej skutkiem będzie przyjęcie niekorzystnego dla wykonawcy rozumienia warunku, prowadzącego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie wynikającego z literalnego brzmienia warunku. Tymczasem taką właśnie wykładnię spornego warunku (czy wręcz jego nowego brzmienie) usiłuje narzucić Zamawiający, rażąco naruszając obowiązujące przepisy. Najważniejsze jest jednak to, że również same postanowienia PFU nie dają żadnych podstaw do rozumienia pojęcia „źródło ciepła” w sposób przyjęty przez Zamawiającego, co wykazano powyżej.

Niezależnie od braku w SIWZ (także w PFU) jakiegokolwiek odesłania do ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków w zakresie definicji „źródła ciepła”, sięganie do zawartych w ww. ustawie definicji lokalnej sieci ciepłowniczej (w art. 2 pkt 6 ww. ustawy) i lokalnego źródła ciepła (w art. 2 pkt 7 ww. ustawy) jest po prostu absurdalne i pozbawione jakichkolwiek podstaw. Przypomnieć trzeba, że w ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ Zamawiający posłużył się pojęciem „źródło ciepła”.

Tymczasem w ustawie o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków pojęcie „źródło ciepła” nie występuje, użyto tam natomiast innych pojęć. Zwłaszcza nie sposób zrozumieć co wspólnego ze źródłem ciepła ma wskazana przez Zamawiającego lokalna sieć ciepłownicza (w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków). Zamawiający w swoim piśmie z 05 marca 2021 r. w ogóle tej kwestii nie wyjaśnił, tymczasem nie tylko, że w ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ Zamawiający nie posłużył się pojęciem „lokalna sieć ciepłownicza”, tylko pojęciem „źródło ciepła”, czyli zupełnie odmiennym już na poziomie językowym, to ponadto również na gruncie ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji budynków.

Również te pojęcia różnią się już na poziomie językowym, gdyż w SIWZ nie użyto określenia „lokalne źródło ciepła”, ale bardziej ogólnego: „źródło ciepła” (bez przymiotnika „lokalne”). Jest oczywiste, że określenia „źródło ciepła” i „lokalne źródło ciepła” nie są synonimami a określenie „źródło ciepła” jest szersze i obejmuje także inne źródła ciepła niż lokalne. Powyższe wynika m.in. z przekazanej Zamawiającemu opinii na temat pompy ciepła powietrze/powietrze jako źródła ciepła, sporządzonej przez dr inż. M. P. oraz dr inż. R. Z., pracowników naukowych Katedry Zaawansowanych Technologii Energetycznych na Wydziale Infrastruktury i Środowiska Politechniki Częstochowskiej (załączonej do pisma Odwołującego z 02 lutego 2021 r.). W ww. opinii wskazano, że oprócz lokalnych źródeł ciepła wyróżnić można takie źródła ciepła jak:

- systemy ciepłownicze - gdzie ciepło w postaci gorącej wody jest dostarczane siecią ciepłowniczą do budynków, a tam poprzez węzły ciepłe (z wymiennikami ciepła) dostarczane jest do instalacji wewnętrznych centralnego ogrzewania oraz
- indywidualne źródła ciepła - realizujące produkcję ciepła na potrzeby pojedynczego lokalu czy budynku, ale także do ogrzewania ciepłej wody użytkowej (np. za pomocą pomp ciepła powietrze/woda czy elektrycznych pojemnościowych i przepływowych podgrzewaczy wody) oraz ogrzewania powietrza wentylacyjnego (np. za pomocą pomp ciepła powietrze/powietrze czy modułów gazowych — zabudowanych w centralach wentylacyjnych).

Podkreślić trzeba, że Zamawiający żadnego z ww. źródeł ciepła nie wyłączył z zakresu pojęcia „źródło ciepła” użytego w ppkt 5.2.1. lit, a) SIWZ, w szczególności Zamawiający nie wyłączył z zakresu tego pojęcia indywidualnych źródeł ciepła. Tymczasem pompa ciepła powietrze/powietrze, zabudowana w centrali wentylacyjnej i służąca do ogrzewania powietrza wentylacyjnego, niewątpliwie stanowi indywidualne źródło ciepła, gdyż ciepło wytworzone przez pompę ciepła jest rozprowadzane poprzez instalację wentylacyjną po budynku lub jego części. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby powyższego rozwiązania, tj. pompy ciepła powietrze/powietrze, nie zakwalifikować jako źródła ciepła w rozumieniu ppkt

5.2.1. lit. a) SIWZ. Tym samym doświadczenie udostępnione Odwołującemu przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. jak najbardziej spełnia wymagania SIWZ.

Natomiast to, że: „*pompa ciepła powietrze/powietrze zamontowana w centralach wentylacyjnych nie wpisuje się w definicję źródła ciepła, które definiuje ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków (Dz.U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami)*”, nie ma żadnego znaczenia, gdyż żadna ze wskazanych przez Zamawiającego definicji z ww. ustawy nie stanowi części warunku udziału ani do żadnej ze wskazanych przez Zamawiającego definicji z ww. ustawy warunek udziału nie odsyła.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający podniósł również w piśmie z 05 marca 2021 r., że: „*Wskazane przez INERGIS S.A. rozwiązanie jest pomocniczym urządzeniem zainstalowanym w centrali wentylacyjnej, dogrzewającym lub chłodzącym (w zależności od warunków pracy) powietrze przepływające przez centralę wentylacyjną dla której to podstawowym źródłem zasilania w ciepło jest Istniejący Węzeł Ciepły pokazany przez Wykonawcę na rysunku 1S\_C8*”. Abstrahując od tego, że nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że wskazane przez Odwołującego rozwiązanie jest urządzeniem pomocniczym (Zamawiający w żaden sposób tego stwierdzenia nie wyjaśnił ani nie uzasadnił), wskazać trzeba, że żadna z powyższych okoliczności nie ma jakiegokolwiek znaczenia i nie uzasadnia wykluczenia Odwołującego. W ppkt 5.2.1. lit, a) SIWZ Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia obejmującego zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, bez zastrzeżenia czy choćby sugestii, że zabudowane lub wymienione źródło ciepła nie może być „pomocniczym urządzeniem”, względnie że musi stanowić „podstawowe źródło zasilania w ciepło”. Po raz kolejny Zamawiający, nie mając do tego żadnych podstaw i rażąco naruszając obowiązujące przepisy, odchodzi od literalnego brzmienia SIWZ i kreuje nowy warunek udziału w postępowaniu, nie mający nic wspólnego z warunkiem sformułowanym w SIWZ. Takie postępowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i nie zasługuje na ochronę. Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający przyznał, iż wskazane przez Odwołującego rozwiązanie jest urządzeniem dogrzewającym powietrze przepływające przez centrale wentylacyjną, a zatem przynajmniej pośrednio przyznał, że stanowi ono źródło ciepła.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający podniósł dalej w piśmie z 05 marca 2021 r., że: „*Węzeł ten (tj. Istniejący Węzeł Ciepły pokazany na rysunku IS\_C8 - przyp. Odwołującego) nie był przedmiotem zabudowy lub wymiany w prowadzonej inwestycji przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. o czym świadczy przedstawiony przez Wykonawcę zakres robót pokazany na wymienionym wcześniej rysunku IS\_C8. Wynika z niego, że wykonywana była tylko modernizacja odbiorów ciepła*

*istniejącego węzła cieplnego (węzła rozdzielaczowego centralnego ogrzewania oraz wymiennikowego węzła cieplnego dla układów wentylacji mechanicznej, będące elementami lokalnej sieci ciepłowniczej), bez ingerencji w istniejący węzeł cieplny."*

Odnosząc się do powyższego Odwołujący zaprzecza, że „*wykonywana była tylko modernizacja odbiorów ciepła istniejącego węzła cieplnego*". W rzeczywistości, co wynika także z przedstawionego przez Odwołującego rysunku IS\_C8, CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. wykonała m.in.:

- rozbudowę (a nie modernizację), polegającą na dobudowaniu wymiennikowego węzła cieplnego dla układów wentylacji mechanicznej (dokładnie: węzła cieplnego woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu),
- wymianę (a nie modernizację), polegającą na zastąpieniu dotychczasowych obiegów grzewczych CO w szkole (obieg A na ww. rysunku IS\_C8) oraz w internacie (obieg B na ww. rysunku IS\_C8) nowymi obiegami grzewczymi CO.

Najważniejsze jest jednak to, że ponownie żadna z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego nie ma jakiegokolwiek znaczenia i nie uzasadnia wykluczenia Odwołującego. W ppkt 5.2.1. lit, a) SIWZ Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia obejmującego zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, a nie zabudowę lub wymianę węzła cieplnego. Zatem to, że węzeł cieplny „*nie był przedmiotem zabudowy lub wymiany w prowadzonej inwestycji przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A.*”, tudzież że: „*wykonywana była tylko modernizacja odbiorów ciepła istniejącego węzła cieplnego bez ingerencji w istniejący węzeł cieplny*” (abstrahując tutaj od kwestii prawdziwości twierdzeń Zamawiającego o modernizacji), nie ma żadnego znaczenia dla wykazania przez Odwołującego, że spełnia warunek doświadczenia określony w ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ. Z ppkt 5.2.1. lit, a) SIWZ w żaden sposób nie wynika, że Zamawiający wymaga doświadczenia w zakresie zabudowy lub wymiany węzła cieplnego, zresztą Zamawiający pojęciem węzła cieplnego nawet się tam nie posłużył. Po raz kolejny Zamawiający, nie mając do tego żadnych podstaw i rażąco naruszając obowiązujące przepisy, odchodzi od literalnego brzmienia SIWZ i kreuje nowy warunek udziału w postępowaniu, nie mający nic wspólnego z warunkiem sformułowanym w SIWZ. Takie postępowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i nie zasługuje na ochronę.

Odwołujący podał, że bezsporne i przyznane przez samego Zamawiającego, że w ramach robót budowlanych wykonanych przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. zabudowane zostały przez ww. wykonawcę:

- pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach

wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego),

- węzeł cieplny woda/mieszanka woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu.

Tak samo jest bezsporne i przyznane przez samego Zamawiającego, że ww. pompy ciepła są urządzeniem dogrzewającym powietrze przepływające przez centralę wentylacyjną, a zatem Zamawiający przynajmniej pośrednio przyznał, że stanowią one źródło ciepła.

W tym stanie rzeczy nie ma żadnych wątpliwości, że Odwołujący, już tylko powołując się na doświadczenie udostępnione mu przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A., wykazał spełnienie warunku określonego w ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych w zakresie termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, w szczególności w zakresie zabudowy lub wymiany źródeł ciepła. Przyjęcie takiego rozumienia pojęcia „źródło ciepła” jak to uczynił Zamawiający w piśmie z 05 marca 2021 r., jest natomiast sprzeczne z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, bowiem bezpośrednio godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, poprzez niedozwoloną zmianę warunku udziału po upływie terminu składania ofert i wprowadzenie de facto nowego warunku, o innej treści niż w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu.

Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdza jednolite orzecznictwo Izby oraz Sądów powszechnych, ugruntowane na kanwie używania w dokumentacji postępowania tego rodzaju „otwartych” konstrukcji pojęciowych jak właśnie „źródło ciepła” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18 lutego 2015 r. sygn. akt III Ca 70/15, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10 maja 2017 r. sygn. akt VIII Ga 43/17, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 października 2008 r. sygn. akt XXIII GA 446/08, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 20 marca 2007 r. sygn. akt XIX Ga 80/07, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 6 października 2015 sygn. akt XXIII Ga 1341/15, i przytoczone w nich orzecznictwo Izby).

Odwołujący zwracał uwagę jak zasadniczo zmieniło się stanowisko Zamawiającego w toku postępowania. Odwołujący już w wykazie wykonanych robót budowlanych złożonym pierwotnie, tj. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wskazał, że zamówienie wykonane przez CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. obejmowało swym zakresem:

*zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego); węzła rozdzielaczowego*

*zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła cieplnego*

*woda/mieszanina woda- glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu"*

Zatem Odwołujący już w wykazie złożonym pierwotnie jasno i wyraźnie wskazał, że za zabudowane źródła ciepła uznaje:

- pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego),
- węzeł cieplny woda/mieszanina woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu.

Tymczasem Zamawiający, mimo powyższego wyraźnego oświadczenia Odwołującego, w swoim wezwaniu do uzupełnienia z 28 stycznia 2021 r., znak CLO/ZP/132/2021, nawet słowem nie zająknął się o tym, że: *„Pompa ciepła powietrze/powietrze zamontowana w centralach wentylacyjnych nie wpisuje się w definicje źródła ciepła, które definiuje (przywołana w PFU pkt 3.3) Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (DZ. U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami)”,* ponadto nie odwołał się ani do definicji lokalnej sieci ciepłowniczej z art. 2 pkt 6 ww. ustawy, ani do definicji lokalnego źródła ciepła z art. 2 pkt 7 ww. ustawy. Wszystkie powyższe kwestie Zamawiający podniósł dopiero uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że mógł i powinien je podnieść już w wezwaniu do uzupełnienia. Nie jest zatem zgodne z prawdą stwierdzenie Zamawiającego w piśmie z 05 marca 2021 r., że to w związku z powyższymi kwestiami *„(..) Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego lub zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazania spełnienia warunku w zakresie udostępnianego zasobu.”* W rzeczywistości przyczyna ww. wezwania była zupełnie inna, co jasno i wyraźnie wynika z treści samego wezwania. Jest zatem oczywiste, że inne było stanowisko Zamawiającego na etapie wezwania Odwołującego do uzupełnienia, w szczególności inne było rozumienie przez Zamawiającego pojęcia „źródło ciepła”, a inne zostało przyjęte przez Zamawiającego na etapie odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający przynajmniej na etapie wezwania Odwołującego do uzupełnienia rozumiał pojęcie „źródło ciepła” tak samo jak Odwołujący. Zasadnicza zmiana stanowiska Zamawiającego w tym zakresie świadczy o tym, że chce on wykluczyć Odwołującego z postępowania „na siłę” i za wszelką cenę, choćby wbrew przepisom, gdyż najwyraźniej Odwołujący nie jest wykonawcą preferowanym przez Zamawiającego. Takie postępowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i nie zasługuje na ochronę.

Odnośnie uzupełnionych przez Odwołującego z ostrożności dokumentów podmiotowych dotyczących GIJO KAPSA Spółka Komandytowa Zamawiający w piśmie z 05 marca 2021 r. wskazał, że: *„Załączone zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka komandytowa z siedzibą w Chorzowie (41-500) pod adresem ul. Nowa 32 do oddania wykonawcy 1NERGIS S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zgodnie z § 14 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia: Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą”*

Powyższe stanowisko Zamawiającego nie jest dla Odwołującego jasne. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że Zamawiający kwestionuje ww. zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka komandytowa z tego powodu, że zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, natomiast powinno zostać złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez GIJO KAPSA Spółka Komandytowa (czyli przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Odwołujący). Odwołujący wskazuje zatem, że zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka komandytowa zostało przez niego złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, tj. w formie elektronicznej kopii dokumentu (skanu) opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pana G. M., członka zarządu Odwołującego. Zamawiający najwyraźniej jednak nie zauważył, że Odwołujący, reprezentowany przez pana G. M., dokonał poświadczenia ww. elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem nie w imieniu własnym, ale w imieniu GIJO KAPSA Spółka Komandytowa, działając jako pełnomocnik ww. spółki. W przedstawionym Zamawiającemu zobowiązaniu GIJO KAPSA Spółka komandytowa wskazano bowiem jasno i wyraźnie na str. 2, że: *„Zobowiązanie upoważnia Wykonawcę (czyli Odwołującego - przyp. Odwołującego) do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotu oddającego zasoby (czyli GIJO KAPSA Spółka Komandytowa - przyp. Odwołującego)”*. Nie ma żadnych wątpliwości, że jednym z takich dokumentów jest właśnie zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka komandytowa, a zatem Odwołujący był jak najbardziej uprawniony do poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii ww. zobowiązania, co też uczynił przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego pana G. M. . W świetle powyższego stwierdzenie Zamawiającego, że zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, jest oczywiście nietrafne. Odwołujący podał, że w orzecznictwie Izby już od lat nie budzi żadnych wątpliwości, iż w



pełni dopuszczane jest poświadczanie za zgodność dokumentów przez pełnomocnika odpowiednio wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby lub podwykonawcy w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą; np. wyrok z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1511/10,

Ponieważ Zamawiający nie zakwestionował uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów podmiotowych dotyczących GIJO KAPSA Spółka Komandytowa z żadnych innych powodów, stwierdzić trzeba, że Odwołujący skutecznie powołał się na zasoby (tj. doświadczenie) udostępnione mu przez GIJO KAPSA Spółka Komandytowa i także w ten sposób wykazał spełnienie warunku określonego w ppkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych w zakresie termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, w szczególności w zakresie zabudowy lub wymiany źródeł ciepła.

#### Co do zarzutu wymienionego w pkt 3:

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez Odwołującego została bezzasadnie odrzucona przez Zamawiającego a Odwołujący - bezzasadnie wykluczony z postępowania, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

#### **Sygn. akt KIO 747/21**

10 marca 2021 roku działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 wzw. żart. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej: „nowe PZP” w zw. z art. 92 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę- Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), Odwołujący wniósł odwołanie wobec a niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku:

- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie (dalej jako: P.),
- zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy P., a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, względnie zaniechania odrzucenia oferty P. .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia P., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P.

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia P. z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P.;

- 3) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o której mowa w Rozdz. 5 pkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P.;

względnie w razie nieuwzględnienia ww. zarzutu (tj.3) - art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP - poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ., pomimo iż w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie realizacji robót na czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, co miało wpływ na ocenę jego oferty w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdz. 5 pkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych;

Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 i 3 zarzucam naruszenie wskazane w pkt 4, tj.:

- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia niezbędnego do

- wykonania zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo że wykonawca P. nie wykazał spełniania tych warunków;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. z uwagi na złożenie oferty niezgodnej z SIWZ;
  - 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania P. oraz zasady legalizmu prowadzonego Postępowania przez wybór oferty P., pomimo że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona,
  - 7) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania P. przy jednoczesnym bezpodstawnym, niezgodnym z zasadami proporcjonalności i przejrzystości opieszalym udostępnieniu Odwołującemu dokumentów i oświadczeń P. składanych na wezwanie, co doprowadziło do pozostawieniu Odwołującego pół dnia (09 marca 2021 r.) w celu dokonania ich weryfikacji i jednego dnia (10 marca 2021 r.) do skorzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do podważenia decyzji Zamawiającego w zakresie oceny oferty P. i wyboru jej jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- a) rozpatrzenie i uwzględnienie niniejszego odwołania,
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czego skutkiem będzie wykluczenie wykonawcy P. lub odrzucenie złożonej przez niego oferty, a w następstwie wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- c) obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł wraz z pozostałymi, uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która zgodnie z Zawiadomieniem Zamawiającego z dnia 05 marca 2021 r., za ofertą wykonawcy P., uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert, zdobywając 96,41 pkt. W wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania, po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert, oferta Odwołującego będzie miała realne szanse zostać uznaną za ofertę najkorzystniejszą. Wobec niezgodnych z wyżej wskazanymi przepisami

ustawy PZP działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku pozyskania przedmiotowego zamówienia. Ściśle, na skutek niezgodnego z prawem zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy P. ergo braku uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, Odwołujący został pozbawiony możliwości osiągnięcia korzyści - przychodów z tytułu pozyskania i wykonania przedmiotowego zamówienia.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

#### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający - Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie „na wykonanie w formule "zaprojektuj i wybuduj" dokumentacji projektowej, dostawy urządzeń, robót budowlanych i instalacyjnych dla przedsięwzięcia pn.: "Efektywność energetyczna w kompleksie budynków Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. Stanisława Sakiela w Siemianowicach Śląskich - Etap I i ii", numer postępowania: CLO/ZP/38/2020.

W dniu 05 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania, wskazując, że w wyniku przeprowadzonego postępowania jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez P. Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie.

*Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 marca 2021 r. (w dokumentacji postępowania).*

Wobec szeregu uchybień Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący składa niniejszym odwołanie od niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty P., pomimo iż w istocie wykonawca ten co najmniej nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia oraz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

#### Zarzut 1 i 2

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt

3 ustawy

- brak spełnienia warunku posiadania doświadczenia (rozdział 5 pkt 5.2.1 lit a) SIWZ) oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu:

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zamawiający w Rozdziale 5 pkt 5.2.1 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej jako SIWZ), wskazał iż:

*„Warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:*

*5.2.1. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. dla dokumentacji projektowej:*

*a) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową, tj. pełnobrańzowe projekty budowlane i wykonawcze w branżach - architektonicznej, instalacji sanitarnych i elektrycznych dla odbudowy lub przebudowy lub remontu lub termomodernizacji obiektu wpisanego do rejestru zabytków obejmujące swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła, stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia*

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca P. złożył datowany na dzień 16.02.2021 r. Wykaz wykonanych usług, w którym w pkt 1 w zakresie udowodnienia spełnienia ww. zapisu SIWZ wskazał wykonanie przez Pracownię Instalacji Sanitarnych „A0.UAHEAT” mgr inż. M. B. na rzecz Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski w Tychach - opracowanie pełnobrańzowych projektów budowlanych i wykonawczych.

*w tym miejscu w odwołaniu tabela*

*Dowód: Wykaz wykonanych usług spełniających wymagania określone w rozdziale 5 punkcie 5.2.1 SIWZ, stanowiący Załącznik nr 6 do SIWZ (w dokumentacji postępowania)*

Do Formularza Ofertowego z dnia 4 grudnia 2020 r. P. załączył Zobowiązanie z dnia 30 listopada 2020 r. w którym Pracownia Instalacji Sanitarnych „A0UAHEAT” mgr inż. M. B. zobowiązuje się do oddania zasobów w postaci posiadania doświadczenia dla dokumentacji projektowej (warunek określony w pkt 5.2.1 lit a) SIWZ) oraz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia dla dokumentacji projektowej m.in. została wskazana „jedna osoba mająca pełnić funkcję projektanta w specjalności architektonicznej bez ograniczeń (warunek określony w pkt 5.2,2 lit a) S1WZ).

Odwolujący kwestionował, iż P. spełnia warunek posiadania doświadczenia określony w rozdziale 5 pkt 5.2.1 lit a) SIWZ albowiem zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami ze strony Zamawiającego, tj. Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski - Pracownia Instalacji Sanitarnych „AQUAHEAT” (która zgodnie z ww. przywołanym zobowiązaniem udostępniła P. swoje zasoby) nie była autorem dokumentacji projektowej, tj. pełnobraźowego projektu budowlanego. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami ze strony internetowej Zamawiającego Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski - dokumentację projektową w zakresie Projektu budowlanego dla inwestycji pn. „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarnej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia” wykonała pracownia ABeCe Projekt (obecna nazwa według CEDIG - ABC Pracownia Projektowa B. N.).

W dniu 11 stycznia 2019 r. Zamawiający - Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonania robót budowlanych pn. "Centrum Nieelitarnej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia" obejmujące przebudowę i adaptację zabudowy dawnej warzelni na galerię sztuki multimedialnej i nieelitarnej. Zabytkowy obiekt znajduje się w Tychach na terenie Browaru Obywatelskiego, należącego do Szlaku Zabytków Techniki Województwa Śląskiego". W ramach SIWZ jako załącznik nr 1 znajduje się Dokumentacja projektowa dla przedmiotowego postępowania. Dokumentacja ta nie jest wykonana przez Pracownia Instalacji Sanitarnych „AQUAHEAT” lecz przez pracownię ABeCe Projekt. Wobec czego autorem pełnobraźowych projektów budowlanych jest pracownia ABeCe Projekt. W ramach dokumentacji postępowania znajduje się Decyzja nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielaniu pozwolenia na budowę dla Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski. W przedmiotowej decyzji jako autorzy projektu są wskazani pracownicy pracowni projektowej ABeCe Projekt, tj.:

*Autorzy projektu:*

*Architektura:*

*mgr inż. arch. A. N. - upewnienia budowlane nr 15/05/SIOKK w specjalności architektonicznej, zaświadczenie o przynależności do Śląskiej Okręgowej Izby Architektów RP o nr weryfikacyjnym: SI-1084-C9FĆ-8D4 Y-2938-68E8 potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnym: SL-1084*

*Sprawdzający:*

*mg inż. arch. W. Z. - upewnienia budowlane nr 39/9? w specjalności architektonicznej, zaświadczenie o przynależności do Śląskiej Okręgowej Izby Architektów RP o nr weryfikacyjnym: SI0147-6AA3-9BB4-5A94.A61A potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnym:SL-0147*

*Konstrukcja:*

*Projektant:*

*mgr inż. D. . - uprawnienia budowlane nr MAR/04S4/PW8Kb/16 w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zaświadczenie o przynależności do Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr weryfikacyjnym: MAP-4W3-BDV-LNO potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnym: MAF/80/0088/17*

*Sprawdzający:*

*mgr inż. B. S. - uprawnienia budowlane nf MAZ/B484/POOK/11 w specjalności konstrukcyjno-budowlanej zaświadczenia o przynależności do Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr weryfikacyjnym: MAZ-M8B-0RQ-X3D.potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnym: MAP/BO/OO70/12*

*Instalacje elektryczne:*

*Projektant:*

*mgr inż. K. R. - uprawnienie budowlane m SUK/4700/PWOE/13 w specjalności instalacyjnej, zaświadczenie o przynależności do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr weryfikacyjnym: SLK-ZOL-RCP-AP4 potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnymi SLK/IE/8290/13*

*Sprawdzający:*

*mgr inż. S. P. - uprawnienia budowlane nr SLK/493Q/POOE/t3 w specjalności instalacyjnej, zaświadczenie o przynależności do Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr weryfikacyjnym: SLK-EAK-XZK-T7A potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnym: SLK/IE/8320/13*

*Instalacje sanitarne:*

*Projektant:*

*inż. S. B. - uprawnienia budowlane nr 586/93 w specjalność instalacyjno-inżynieryjnej, zaświadczenie o przynależności do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr weryfikacyjnym: ŚIK-XY8-361-K4S potwierdzające przynależność da Izby pod nr ewidencyjnym: SLK/IS/5142/07*

*Sprawdzający:*

*mgr inż. M. B. - uprawnienia budowlane nr 116/99 w specjalności Instalacyjnej), zaświadczenie o przynależność! do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o nr weryfikacyjnym: SLK-5AN-DSJ-R7X potwierdzające przynależność do Izby pod nr ewidencyjnym: SLK/IS/8788/03.*

Ponadto w dokumentacji postępowania znajduje się decyzja Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Katowicach nr 2119/2017 z dnia 9.10.2017 r., która również potwierdza, iż projekt budowlany w zakresie zmiany sposobu użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego centrum nieelitarniej sztuki multimedialnej - Stara Warzelnia,

sporządzony został przez mgr inż. Arch. A. N. .

*w tym miejscu wklejony do odwołania fragment decyzji*

*Dowód: - ogłoszenie o zamówieniu z dnia 11 stycznia 2019 r*

*- Decyzja nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielaniu pozwolenia na budowę dla Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski,*

*- Decyzja ŚWKZ nr 2119/2017 z dnia 09.10.2017 r.*

Na stronie <https://browarobvwatelski.pl/131-zamowienia-publiczne> - znajduje się komplet informacji dot. ww. inwestycji. Z załączonych jednak powyżej informacji bezsprzecznie wynika, iż Pracownia Instalacji Sanitarnych AQUAHEAT nie wykonała pełnobrańowego projektu budowlanego dla zadania inwestycyjnego pn. „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”. Na swoim profilu facebookowym ABeCe Projekt odnotowała w dniu 29 sierpnia 2018 r., iż w związku z podpisaniem umowy o dofinansowanie będzie ruszała realizacja przedmiotowej inwestycji.

*w tym miejscu wklejone do odwołania zdjęcie*

W związku z przedstawionymi powyżej informacjami należy jednoznacznie stwierdzić, iż warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.2.1 lit a) SIWZ) nie został przez P. spełniony. Ponieważ to P. był wykonawcą zadania inwestycyjnego pn. „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”, w związku z czym miał dostęp do pełnej dokumentacji postępowania i doskonale wiedział kto jest autorem projektu budowlanego. W dniu 5 lutego 2019 r. zamawiający-Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski poinformował, iż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum P. Sp. z o.o., Partner Konsorcjum S.A.C. GWARANT Sp. z o.o. Zgodnie z umową jaką zawarł wykonawca PUCHAŁKA przedmiotem realizacji w ramach zamówienia było wykonanie robót budowlanych a nie wykonanie robót i dokumentacji projektowej. Wykonawca zadania, co wynika wprost z projektu umowy dostępnej na stronie Zamawiającego ma wykonać roboty budowlane polegające na przebudowie i adaptacji zabudowy na podstawie dokumentacji projektowej, która została mu przekazana przez Zamawiającego:

*w tym miejscu wklejony do odwołania fragment umowy*

*Dowód:*

*- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 lutego 2019 r.*

*- Projekt Umowy - Załącznik nr 8 do SIWZ dla zadania inwestycyjnego pn. „Zmiana sposobu*



*użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia".*

W związku z powyższym, P. miał świadomość, iż AQUAHEAT nie wykonało dokumentacji projektowej dla ww. zadania inwestycyjnego.

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności faktyczne, należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przedmiotowy przepis ma na celu wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy wprowadzają Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia. Tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym, może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca przedstawia informacje wprowadzające w błąd, niezgodne ze stanem rzeczywistym dotyczące spełniania warunku doświadczenia lub dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w celu wywarcia wrażenia, że warunek spełnia (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2020 r. sygn. akt KIO 2047/20).

Niemniej jednak, gdyby uznanie celowości działania zostało uznane za zbyt daleko idące (choć w ocenie Odwołującego ewidentne), to z całą pewnością możliwe jest przypisanie P. w tym zakresie niższego stopnia winy - a bezsprzecznie przynajmniej lekkomyślności (wobec profesjonalnego charakteru działania). Niezależnie jednak od stopnia winy, bez wątpienia informacje błędne dotyczą elementu niezbędnego do wykazania spełniania warunku, a zatem mającego istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu (czego dowodem jest wybór przez Zamawiającego oferty P.). Jak podkreśla się w orzecznictwie (np. wyrok z dnia 12.08.2019 r. sygn. akt KIO 1179/19), w sytuacji, gdy intencją danego wykonawcy jest przekonanie Zamawiającego o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, to zachodzi przypadek co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego z istotnym wpływem na decyzję w przedmiocie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić Zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Z kolei uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd

Zamawiającego obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Szczególnie właśnie profesjonalny charakter podmiotów zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu, tym bardziej, iż informacje przedstawiane przez P. dotyczą doświadczenia oraz dysponowania osobami. Wykonawca P. przygotowując ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając szczegółowe oświadczenia. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Znaczenie ma różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę. Wprowadzeniem w błąd jest także zmanipulowanie sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawca w takiej sytuacji uważnie dobiera wybrane do przedstawienia informacje lub manipuluje słowami, by wywołać u zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez niego informacje odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacja nieprzetworzona w ten sposób przez wykonawcę wskazywałaby na niespełnianie wymagań zamawiającego. Mając na uwadze zaistniały stan faktyczny, takiej ewidentnej manipulacji faktami dopuścił się Wykonawca P. . Odwołujący nie może wykluczyć, iż AQUAHEAT wykonało projekty wykonawcze w zakresie wskazanych branż - to bezwzględnie nie ma możliwości, iż ta firma wykonała projekt budowlany, którego wykonania Zamawiający również wymagał w pkt 5.2.1 lit a) SIWZ. Referencje dla AQUAHEAT z dnia 30 czerwca 2020 r. nie zostały podpisane przez Zamawiającego - Tyską Fundację Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski zgodnie z wskazanym w KRS-ie sposobem reprezentacji. Referencje podpisał członek zarządu – N. P., który nie może jednoosobowo reprezentować fundacji.

*w tym miejscu wklejony do odwołania fragment*

- brak spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozdział 5 pkt 5.2.2 lit a) SIWZ) oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu:

Zgodnie z pkt 5.2.2. lit a) i b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dla dokumentacji projektowej:

*„a) jedną osobą mającą pełnić funkcję projektanta w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającą doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej dokumentacji projektowej dotyczącej odbudowy lub przebudowy lub remontu budynku wpisanego do rejestru zabytków. (Ustawa z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) obejmujące swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła,*

*stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia,"*

W przedstawionym na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.02.2021 r. Wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca P. i które uczestniczyć będą w wykonaniu zamówienia spełniających wymagania określone w rozdziale 5 punkcie 5.2.2. SIWZ dla dokumentacji projektowej (dalej jako: Wykaz osób), wykonawca P. wskazał w poz. 1:

*w tym miejscu w odwołaniu tabela*

*Dowód: Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę . do realizacji zamówienia publicznego, stanowiący Załącznik nr 8 do SIWZ (w dokumentacji postępowania).*

Jak zostało wskazane w wykazie osób Wykonawca P. dysponuje „projektantem architektem” Panem M. O. na podstawie zobowiązania do użyczenia zasobów udzielonym przez Pracownię Instalacji Sanitarnych AQUAHEAT.

Zgodnie z uzasadnieniem odwołania powyżej - projektantem i architektem, który wykonał dokumentację projektową dla zadania inwestycyjnego pn. „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia” był mgr inż. arch. A. N. . Odwołujący w tym zakresie, podtrzymuje argumentację przedstawioną powyżej i stwierdza, iż warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.2.2 lit a) SIWZ) nie został przez P. spełniony.

Ponadto z tych samych przyczyn i na podstawie okoliczności przedstawionych powyżej - Odwołujący wskazuje, iż P. wprowadził Zamawiającego w błąd, iż dysponuje osobą zdolną do wykonania zamówienia, tj. posiada osobą mającą pełnić funkcję projektanta w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającą doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej dokumentacji projektowej *dotyczącej odbudowy lub przebudowy lub remontu budynku wpisanego do rejestru zabytków. (Ustawa z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) obejmujące swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła, stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia.* Informacje wprowadzające w błąd w niniejszym stanie faktycznym zostały wprost podane w Wykazie osób, a zatem w oświadczeniu P. . Natomiast należyta staranność wykonawcy działającego profesjonalnie na danym rynku (w tym wypadku na rynku robót budowlanych i projektowych) pozwala na bardzo łatwą weryfikację doświadczenia przedstawianego przez AQUAHEAT. P., który był wykonawcą realizującym zadanie inwestycyjne pn. „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia” przy zachowaniu, należytej staranności, mógł z łatwością sprawdzić, kto był autorem dokumentacji projektowej.

Wykonawca P. składając Wykaz osób poświadczył, że opisane w nim doświadczenie mgr inż. arch. M. O. nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym.

W przypadku wykazu osób ma to dodatkowo istotne znaczenie o tyle, że - w przeciwieństwie do wykazu robót budowlanych - wykaz osób nie jest potwierdzany dodatkowymi dowodami, np. referencjami. Zamawiający badając warunek dysponowania odpowiednim personelem polega jedynie na oświadczeniu wykonawcy. Tym samym wykonawca, składając oświadczenie w postaci Wykazu osób, bierze na siebie odpowiedzialność za prawdziwość podanych w nim informacji. Wykonawca P. podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 Pzp. Zgodnie również z powszechnie aprobowanym stanowiskiem, w przypadku złożenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia informacji wprowadzających w błąd, wykonawca ten nie może zostać wezwany do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 PZP.

### Zarzut 3

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy.

Na mocy Rozdz. 5 pkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych

*„Warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony; jeżeli wykonawca wykaże, że (...) wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto”.*

W celu wykazania spełniania omawianego warunku wykonawca P. przedłożył stanowiący Załącznik nr 7 do SIWZ „Wykaz wykonanych robót budowlanych”.

*w tym miejscu w odwołaniu tabela*

Do wykazu, w zakresie robót, o których mowa w pkt 1 wykazu, P. przedłożył referencje z dnia 20.04.2020 r. wystawione przez Tyską Fundację Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski z siedzibą w Tychach (dalej: Inwestor), w których treści Inwestor potwierdza, iż wykonawca P. wykonał w okresie od 15.02.2019 r. do 30.03.2020 r. w czynnym obiekcie, wpisanym do rejestru zabytków roboty budowlane pn. „Centrum Nieelitarne Sztuki Multimedialnej-Stara Warzelnia” (dalej: Robota referencyjna).

*Dowód: Wykaz robót budowlanych wykonanych złożony przez P.; Referencje Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski z siedzibą w Tychach (w dokumentacji postępowania)*

Odwołujący wskazuje, iż robota referencyjna była przedmiotem prowadzonego przez Inwestora pod koniec 2018 roku postępowania o udzielenie zamówienia pn. Wykonanie robót budowlanych pn. „Centrum Nieelitarnej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia (dalej: „Postępowanie referencyjne”). W wyniku zadanego w toku postępowania referencyjnego

pytania z dnia 27.12.2018 r. w przedmiocie ustalenia terminu wizji lokalnej obiektu, Inwestor dnia 28.12.2018 r. udzielił następującej odpowiedzi:

*Pytanie 1 (27.12.2018). Proszę o ustalenie terminu wizji lokalnej na obiekcie.*

*Odpowiedź 1.*

*Obiekt dawnej warzelni jest dostępny dla oferentów i innych zainteresowanych zwiedzaniem tak jak inne dostępne turystycznie obiekty Browaru Obywatelskiego w godzinach 8.00 - 16.00. Ze względu na stan obiektu i jego wyłączenie z użytkowania należy wejść do obiektu z portierem, który otworzy i zamknie obiekt.*

*Dowód: Odpowiedzi Inwestora z dnia 28.12.2018 roku w toku postępowania referencyjnego*

Z powyższej odpowiedzi wynika, iż w istocie, wbrew informacji podanej przez wykonawcę P. w wykazie (jak również w referencji), obiekt Starej Warzelni był wyłączony z użytkowania. Tym samym nie można uznać, aby jednocześnie był obiektem czynnym. Wymóg Zamawiającego co do realizacji robót w czynnym obiekcie poczytywać należy nie inaczej jak tylko faktyczne/realne wykonywanie robót w obiekcie, który jednocześnie jest użytkowany tj. powszechnie dostępny dla nieograniczonego kręgu zainteresowanych. Fakt wyłączenia z użytkowania nie zapewnia tego wymogu. Przy czym wniosku takiego nie zmienia ew. argument, iż sporadycznie na teren obiektu były wyjątkowo wpuszczane pojedyncze osoby i to wyłącznie w asyście portiera. Z powyższego wynika, iż w trakcie prowadzenia prac przez P. obiekt był co do zasady nieużytkowany, a więc nie był obiektem „czynnym”. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, iż nie powinno ulegać wątpliwości, iż obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest podanie zamawiającemu wszystkich wymaganych i konkretnych informacji wskazujących na posiadane przez niego wiedzę i doświadczenie. Wykaz jako całość z chwilą podpisania i załączenia do oferty staje się oświadczeniem woli wykonawcy i nie można odczytywać jego treści w sposób wybiórczy, kierując się pochodzeniem określonych elementów składających się na jego treść. W rezultacie każdorazowo dla zamawiającego, jak i danego wykonawcy wiążąca jest cała jego treść. Zamawiający może zweryfikować, czy informacje zawarte w wykazie są zgodne ze stanem faktycznym i czy nie zawierają informacji nieprawdziwej (tak z uzasadnienia wyroku z dnia 12.06.2012 r., sygn. akt KIO 1092/12).

Zadaniem wykonawcy jest podanie informacji stanowiących in concreto, w jaki sposób wymagania zamawiającego są przez niego spełnione - przedstawione przez P. informacje nie mogą być za takie uznane. Pod pojęciem „warunki udziału w postępowaniu” należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego

wykonania zamówienia publicznego (por. z uzasadnienia wyroku z dnia 15.11.2017 r. sygn. akt KIO 2276/17). Przy czym oczywistym jest, iż to wykonawca powinien wykazać omawiane okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości, zaś rolą Zamawiającego jest ich dokładna weryfikacja pod kątem zgodności z wymogami SIWZ oraz przepisów PZP. W przypadku zaś zaistnienia jakichkolwiek uchybień w tym zakresie zasadnym jest zastosowanie art. 26 ust. 3 PZP i wezwanie do dokonania stosownych uzupełnień, bądź wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego błędne przyjęcie przez Zamawiającego przedstawionych przez P. informacji skutkowało wyborem oferty P. w sposób naruszający także normę art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż Wykonawca ten nie wykazał w sposób należyty warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał tego obowiązku, czego skutkiem było nieuzasadnione dokonanie wyboru oferty wykonawcy P., pomimo iż ten nie sprostał wykazaniu - w sposób odpowiadający SIWZ spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej.

Odnośnie do ewentualnego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, Odwołujący powołuje się na tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2292/17 w myśl którego do przesłanek, których zaistnienie warunkuje zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP należą:

- a) przedstawienie przez wykonawcę informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd,
- b) okoliczność, że informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego,
- c) okoliczność, że informacje te zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odwołujący wskazał również orzeczenia w wyrok z dnia 12.11.2018 r. sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17; wyroku z dnia 07.06.2017 r., sygn. akt KIO 1004/17; wyrok z dnia 02.05.2018 r. sygn. akt 596/18.

W ocenie Odwołującego, podanie przez P. informacji odnośnie do prowadzenia prac w czynnym obiekcie - wobec faktu jego „wyłączenia z użytkowania” (co przyznał sam Inwestor w toku prowadzenia postępowania referencyjnego) wyczerpuje przesłanki do uznania, iż jest to informacja nieprawdziwa, a zatem wprowadzająca w błąd. Nadto, ponieważ informacja ta była podstawą do uznania przez Zamawiającego, iż oferta wykonawcy P. spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie uznania jej za najkorzystniejszą, informacja ta miała istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. W ocenie Odwołującego działania wykonawcy P., który jako oferent, a następnie wykonawca roboty referencyjnej miał pełną wiedzę odnośnie do udzielonych przez Inwestora odpowiedzi (w tym zakresie „wyłączenia obiektu z użytkowania”) w sposób ewidentny noszą znamiona

"niedbalstwa" lub "lekkomyślności". Obowiązkiem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest dokonanie weryfikacji informacji składanych w toku przetargu.

Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2019.1145) dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03, wyrok z dnia 11 lutego 2015 r., KIO 177/15, wyrok z dnia 11 października 2016 r., KIO 1773/16, wyrok z dnia 27 lutego 2015 r., KIO 491/15, wyrok z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 1/16, wyrok z dnia 17 maja 2016 r., KIO 673/16, wyrok z dnia 28 września 2015 r., KIO 2000/15). W związku z powyższym wykonawca P. przygotowując ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając poszczególne informacje i oświadczenia. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. W ocenie Odwoływającego, informacji przedstawionej przez P. w powyższym zakresie takiego waloru przypisać nie można. Warunek Zamawiającego dot. wykazania się realizacją robót w obiekcie czynnym, tj. w obiekcie w którym prowadzona jest normalna codzienna działalność jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. Bowiern prace będące przedmiotem bieżącego postępowania będą prowadzone w czynnym szpitalu, tj. w obiekcie użyteczności publicznej, gdzie będzie się odbywała codzienna działalność zgodnie z jego przeznaczeniem.

#### Zarzut 4

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nadto, zgodnie z Rozdziałem 10 pkt 10.1.5. SIWZ tj. „Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ”, a w tym celu określony został przez Zamawiającego wzór formularza ofertowego wraz ze wzorami koniecznych do złożenia załączników, które winny być respektowane przez wykonawców składających oferty w postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ponosi ponieważ w postępowaniu, Zamawiający zupełnie pominął kwestię, że oferta złożona przez wykonawcę P. jest niekompletna i niepoprawna w taki sposób, że pominięto stronę 4 formularza ofertowego (oferta zawiera strony 1-3 oraz 5-14), tym samym nie zawarto w niej wszystkich oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego oraz nie dołączono informacji dotyczącej określenia katalogu podmiotów, na zasoby których wykonawca powołuje się w

celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale V pkt. 5.2.1 i 5.2.2. SIWZ lub oświadczenia o osobistym spełnieniu warunków udziału, co, w ocenie Odwoływającego, skutkuje brakiem możliwości oceny oferty przez Zamawiającego pod kątem spełnienia wymagań SIWZ.

Stwierdzenie to jest tym bardziej zasadne, mając na uwadze treść art. 26 ust. 3 ustawy, który enumeratywnie wskazuje katalog dokumentów i informacji, których uzupełnienia może żądać Zamawiający oraz art. 87 ustawy, który nie przewiduje uprawnienia Zamawiającego do żądania uzupełnienia braków oferty, a jedynie jej wyjaśnienia, ponieważ prowadziłoby to do istotnej zmiany treści oferty, co z oczywistych przyczyn jest niezgodne z treścią ustawy. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2014r. o sygn. KIO 950/14. Przez niedołączenie ww. strony formularza ofertowego, wykonawca P. zaniechał złożenia wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia o zapoznaniu się i akceptacji SIWZ, wzoru umowy oraz PFU, co świadczy o niespełnieniu wymagań określonych w dokumentach zamówienia. Przy czym podnieść należy, iż w żadnym innym miejscu oferty, bądź też w załączonym do niej dokumencie, brak jest przedmiotowego oświadczenia, co w konsekwencji uniemożliwia Zamawiającemu zbadanie zgodności oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ, w tym stanowiącymi jej integralną część: projekcie umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz PFU (załącznik nr 10 do SIWZ). Zatem, skoro Zamawiający nie miał pewności, czy wykonawca P. zapoznał się kompleksowo z dokumentami przetargowymi, a co jeszcze bardziej istotne, czy uwzględnił ich założenia w złożonej ofercie, wybór oferty wykonawcy P. przez Zamawiającego jawi się jako iluzoryczny, poddając pod wątpliwość jego prawidłowość w kontekście chociażby porównywalności ofert oraz równego traktowania wszystkich wykonawców składających oferty w postępowaniu. Podkreślenia wymaga także, iż brak oświadczenia w powyższym zakresie nie może być traktowany jako błąd o charakterze formalnym czy porządkowym, odnosząc się w istocie do przedmiotu zamówienia, a stricte sposobu jego wykonania. Powołał Odwoływający wyrok z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 897/09.

Odwoływający wskazał również na nielogiczne i niespójne działanie Zamawiającego, który w piśmie nr CLO/ZP/1638/2020 z dnia 30 grudnia 2020r. skierował wezwanie do innego wykonawcy tj. Inergis Spółka Akcyjna zakresie potwierdzenia i udokumentowania przez Inergis Spółka Akcyjna, że zaproponowane przez niego w ofercie urządzenia spełniają wymogi opisane w PFU. W odpowiedzi Inergis Spółka Akcyjna odpowiedziała, że stosowne oświadczenie w tym zakresie zostało złożone bezpośrednio w ofercie - w efekcie Zamawiający zaniechał dalszych pytań, przyjmując wyjaśnienie Inergis. Natomiast w odniesieniu do wykonawcy P. Zamawiający niejako „w ciemno” uznał zgodność jego oferty z dokumentami zamówienia, zupełnie pomijając kwestię braku oświadczenia o ich akceptacji, co może wskazywać na niedopuszczalne uprzywilejowanie przez Zamawiającego jednego z



wykonawców. Nadto, takie działanie Zamawiającego zdaje się naruszać zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

*Dowód: wezwanie Zamawiającego nr CLO/ZP/1638/2020 z dnia 30 grudnia 2020r. skierowane do Inergis Spółka Akcyjna; Odpowiedź Inergis Spółka Akcyjna z dnia 7 stycznia 2021r. (w dokumentach postępowania)*

Zamawiający w sposób nieuprawniony pominął kwestię złożenia przez wykonawcę P. oferty niezgodnej z SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wszakże, Zamawiający nie był w stanie ustalić w jakim zakresie wykonawca P. zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego i w jakim zakresie je akceptuje, a w konsekwencji w jakim zakresie uwzględnił je w złożonej przez siebie ofercie. W tej sytuacji, brak oświadczenia o akceptacji warunków realizacji zamówienia określonych w SIWZ może być interpretowane w taki sposób, że wykonawca P. nie akceptuje zarówno całości SIWZ, jak również poszczególnych jej części, co skutkuje złożeniem oferty zupełnie oderwanej od wymagań i warunków określonych przez Zamawiającego, co w oczywisty sposób jest niedopuszczalne i niezgodne z ustawą.

#### Zarzut 5

Zarzut ewentualny - zaniechanie wezwania do uzupełnienia Wykazu usług, Wykazu osób, Wykazu robót:

Z uwagi na okoliczności szczegółowo przytoczone w odwołaniu w przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów tam wskazanych, Odwołujący podnosi zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia przez P. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W sytuacji gdy wykonawca nie potwierdzi spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Zamawiający obowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia. Ze względu na powyższe Zamawiający zobowiązany był co najmniej do podjęcia dodatkowych czynności w celu prawidłowej weryfikacji, czy P. spełnia warunki opisane w Rozdziale 5 pkt 5.2.1 lit. a) (dla dokumentacji projektowej i robót budowlanych) oraz pkt 5.2.2 lit a) SIWZ.

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

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11

września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem żadne z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 marca 2021 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

### **Sygn. akt KIO 767/21**

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

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

### **Izba ustaliła:**

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający w Rozdziale 5 – Warunki udziału w postępowaniu wskazał:

*5.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.*

*Warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:*

*5.2.1. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj.*

#### *dla dokumentacji projektowej*

- a) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową, tj. pełnobrańzowe projekty budowlane i wykonawcze w branżach — architektonicznej, instalacji sanitarnych i elektrycznych dla odbudowy lub przebudowy lub remontu lub termomodernizacji obiektu wpisanego do rejestru zabytków obejmujące swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła, stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia;*
- b) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową dla budowy lub przebudowy lub remontu lub obiektu obejmującej swym zakresem dostawę, instalację i uruchomienie modułu kogeneracyjnego o mocy elektrycznej minimum 100kW*

#### *dla robót budowlanych:*

- a) wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto;*
- b) wykonał, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na zabudowie oraz uruchomieniu modułu kogeneracyjnego o mocy elektrycznej minimum 100kW*

Ustalono, że w dniu 8 stycznia 2021 roku Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów wskazanych w Rozdziale 6 pkt 6.3 SIWZ.

Odwołujący, z pismem z dnia 14 stycznia 2021 roku przedstawił dokumenty, w tym Wykaz wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 7 do SIWZ), w pozycji 1 podając:

Nazwa i lokalizacja budowy / przebudowy / remontu

*„Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie”, budynek szkoły przy ul. Jasnogórskiej 30, 42-200 Częstochowa i budynek internatu przy ul. Sułkowskiego 1, 42-200 Częstochowa. Budynek szkoły i internatu stanowią jeden obiekt, administracyjnie posiadają dwa adresy”.*

Opis i zakres wykonanych robót

*„Robota budowlana polegająca na termomodernizacji czynnego obiektu wpisanego do rejestru zabytków obejmująca swym zakresem:*

- zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych [w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego); węzła rozdzielaczowego zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła ciepłownego woda/mieszanka woda- glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu,*
- wymianę stolarki okiennej, drzwiowej,*
- wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle ciepłym, węźle rozdzielaczowym,*
- inne roboty termomodernizacyjne.*

(...)

Nazwa i adres wykonawcy

*CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. (...)*

Zamawiający

*Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego - Centrum Edukacji Artystycznej (...)*

Izba ustaliła, że za pismem z dnia 28 stycznia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów „do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego lub zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazania spełnienia warunku w zakresie udostępnianego zasobu.

*Złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty, tj. roboty budowlane realizowane przez firmę CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. pn.*

*Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie wskazały, że wykonawca nie spełnia warunku określonego w rozdziale 5.2.1. SIWZ dla robót budowlanych w zakresie zabudowy lub wymiany źródeł ciepła.*

*W SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że:*

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.*

*Warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:*

*5.2.1. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj. dla robót budowlanych:*

*a) wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto.*

*Zamawiający zwrócił się do Centrum Edukacji Artystycznej o udostępnienie informacji na temat roboty budowlanej wykonywanej przez Wykonawcę CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. z siedzibą w Częstochowie (42-200) przy ulicy Pułaskiego 25 w ramach projektu pn. Kompleksowa modernizacja energetyczna wybranych placówek szkolnictwa artystycznego w Polsce współfinansowanego ze środków UE w ramach POIiS 2014-2020 dla zadania pn. Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. Żebrowskiego w Częstochowie roboty budowlano-instalacyjne. Z przekazanych informacji wynika, że: ...w zakresie prac budowlano-instalacyjnych była tylko i wyłącznie wymiana instalacji wewnętrznej centralnego ogrzewania. Żadnych prac obejmujących zabudowę lub wymianę źródeł ciepła nie wykonywano.*

*W związku z powyższym Wykonawca powinien przedłożyć wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego lub osobiście potwierdzić spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego."*

Odwołujący, za pismem z dnia 2 lutego 2021 roku – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2021 roku – złożył wyjaśnienia wraz z wieloma załącznikami oraz Wykazem wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 7 do SIWZ), który zawierał trzy pozycje, w tym:

Pozycja 1.

Nazwa i lokalizacja budowy / przebudowy / remontu

*„Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Żebrowskiego w Częstochowie”, budynek szkoły przy ul. Jasnogórskiej 30, 42-200 Częstochowa i budynek internatu przy ul. Sułkowskiego 1, 42-200 Częstochowa. Budynek szkoły i internatu stanowią jeden obiekt, administracyjnie posiadają dwa adresy”.*

Opis i zakres wykonanych robót

*„Robota budowlana polegająca na termomodernizacji czynnego obiektu wpisanego do rejestru zabytków obejmująca swym zakresem:*

- zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych [w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego); węzła rozdzielaczowego zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła ciepłego woda/mieszanka woda- glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu,*
- wymianę stolarki okiennej, drzwiowej,*
- wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle ciepłym, węźle rozdzielaczowym,*
- inne roboty termomodernizacyjne.*

(...)

Nazwa i adres wykonawcy

*CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. (...)*

Zamawiający

*Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego - Centrum Edukacji Artystycznej (...)*

Pozycja 3

Nazwa i lokalizacja budowy / przebudowy / remontu

*„Adaptacja i zmiana sposobu użytkowania na nowe funkcje i remont elewacji pałacu dla zadania inwestycyjnego rewitalizacji budynków pałacu” w ramach inwestycji pod nazwą „Rewitalizacja Pałacu w Siemianowicach Śląskich”.*

(...)

Nazwa i adres wykonawcy

*Gijo Kapsa spółka komandytowa (...)*

Zamawiający

*Inspiration Point S.A. (...)*

Do pisma z dnia 2 lutego 2021 roku załączone zostało również *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z dnia 1 lutego 2021 roku przez Gijo Kapsa spółka komandytowa.*

Zamawiający za pismem z dnia 5 marca 2021 roku poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

*Uzasadnienie prawne: art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12*

*Uzasadnienie faktyczne:*

*Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w Rozdziale 6 pkt 6.3 SIWZ, tj. na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.*

*Złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty, tj. roboty budowlane realizowane przez firmę CZ.P.B.P Przemysłówka S.A. pn. Termomodernizacja wraz z przebudową budynków ZSM im. M. J. Zebrowskiego w Częstochowie wskazały, że wykonawca nie spełnia warunku określonego w rozdziale 5.2.1. SIWZ dla robót budowlanych w zakresie zabudowy lub wymiany źródeł ciepła.*

*Przytaczane przez Wykonawcę spełnienie warunku: „zabudowy lub wymiany źródeł ciepła” poprzez:*

- „zabudowę źródeł ciepła w postaci: pomp ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego);*
- węzła rozdzielaczowego zasilającego instalację c.o. dla części szkoły i internatu oraz węzła cieplnego woda/mieszanina woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu,” nie jest spełnieniem tego warunku.*

*Pompa ciepła powietrze/powietrze zamontowana w centralach wentylacyjnych nie wpisuje się w definicję źródła ciepła, które definiuje (przywołana w PFU pkt 3.3) „Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów” (DZ. U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami), zwana dalej Ustawą.*

*Zgodnie z art.2 ust. 6 i 7 w/w Ustawy użyte w niej definicje oznaczają*

- 6) lokalna sieć ciepłownicza — sieć ciepłowniczą dostarczającą ciepło do budynków z lokalnych źródeł ciepła;*
- 7) lokalne źródło ciepła:*
  - a) kotłownię lub węzeł cieplny, z których nośnik ciepła jest dostarczany bezpośrednio do instalacji ogrzewania i ciepłej wody w budynku,*
  - b) ciepłownię osiedlową lub grupowy wymiennik ciepła wraz z siecią ciepłowniczą o mocy nominalnej do 1 1,6 MW, dostarczającą ciepło do budynków*

*W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego lub zgodnie z art.*

22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w przypadku wykazania spełnienia warunku w zakresie udostępnianego zasobu.

Wykonawca w złożonych dokumentach nie potwierdził spełnienia warunku określonego w rozdziale 5.2.1 . SIWZ dla robót budowlanych w zakresie zabudowy lub wymiany źródeł ciepła przez podmiot CZ.P.B.P Przemysłówka S.A.

Wskazane przez INERGIS S.A. rozwiązanie jest pomocniczym urządzeniem zainstalowanym w centrali wentylacyjnej, dogrzewającym lub chłodzącym (w zależności od warunków pracy) powietrze przepływające przez centralę wentylacyjną dla której to podstawowym źródłem zasilania w ciepło jest „Istniejący Węzeł Ciepły” pokazany przez Wykonawcę na rysunku IS\_C8. Węzeł ten nie był przedmiotem zabudowy lub wymiany w prowadzonej inwestycji przez CZ.P.B,P Przemysłówka S.A. o czym świadczy przedstawiony przez Wykonawcę zakres robót pokazany na wymienionym wcześniej rysunku IS\_C8. Wynika z niego, że wykonywana była tylko modernizacja odbiorów ciepła istniejącego węzła ciepłego (węzła rozdzielaczowego centralnego ogrzewania oraz wymiennikowego węzła ciepłego dla układów wentylacji mechanicznej, będące elementami lokalnej sieci ciepłowniczej), bez ingerencji w istniejący węzeł ciepły.

Wykonawca „z ostrożności oraz na wypadek gdyby Zamawiający nie uwzględnił argumentacji i dowodów przedstawionych powyżej i nie unieważnił czynności wezwania z dnia 28 stycznia 2020 r” Wykonawca zastąpił CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A. innym podmiotem, tj. GIJO KAPSA Spółka komandytowa z siedzibą w Chorzowie (41-500) pod adresem ul. Nowa 32.

Załączone zobowiązanie GIJO KAPSA Spółka komandytowa z siedzibą w Chorzowie (41 - 500) pod adresem ul. Nowa 32 do oddania wykonawcy INERGIS S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zgodnie z 14 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia: Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

Wykonawca nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także nie wykazał spełnienia warunków przez inny podmiot na zasoby, którego Wykonawca się



*powołał, w związku z tym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje odrzuceniem oferty.*

**W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:**

**W zakresie zarzutu (1)** naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm. dalej „Ustawa”), w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego nie została złożona ani przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert, ponadto art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy w ogóle nie ma zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego a wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wcale nie skutkuje odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy – Izba zarzut uznała za zasadny.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W przypadku czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu w przetargu nieograniczonym, gdy wykonawca podlega wykluczeniu w ocenie Zamawiającego, odrzucenie ofert następuje *ex lege*, o czym stanowi regulacja art. 24 ust. 4 ustawy – *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Przepis na jaki powołuje się Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca 2021 roku tj. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie znajduje zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.* Wykonawcy, którzy składają oferty w przetargu nieograniczonym nie są wcześniej poddawani ocenie pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tylko dokonanie takiej oceny uzasadniałoby wykluczenie na moment składania ofert. W rozpoznawanym przypadku, w momencie składania ofert wykonawcy nie mogli być wykluczeni, ponieważ dopiero po złożeniu ofert zostali poddani ocenie podmiotowej jak również ocenie została poddana złożona przez nich oferta. Tym samym nie pozostawia wątpliwości co do tego, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 odrzuca się ofertę, gdy została złożona przez wykonawcę wykluczonego - uprzednio, przed

złożeniem oferty, co może dotyczyć przetargu ograniczonego, ale nie przetargu nieograniczonego. Jest to stanowisko wypracowane i ugruntowane w orzecznictwie od lat.

Izba, w zakresie podniesionego zarzutu odwołania, musiała stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego prawa, bowiem Zamawiający oparł swoją czynność – czemu dał wyraz w piśmie z dnia 5 lutego 2021 roku – na regulacjach prawnych, które w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie miały zastosowania. W ocenie Izby, choć skutkiem naruszenia przepisów proceduralnych w zakresie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówieni jest naruszenie obowiązujących w Prawie zamówień publicznych zasad, to za niewystarczające należy uznać jedynie powołanie się przez Odwołującego na podstawę prawną tj. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Wskazane przepisy ustawy referują do wielu różnych zasad i samo podanie jednostki redakcyjnej nie jest w ocenie Izby wystarczającym aby uznać, że naruszenie określonych w przepisach zasad wykazał Odwołujący.

**W zakresie zarzutu (2) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie wykazał spełnianie warunków przez inny podmiot na zasoby którego Odwołujący się powołał – Izba zarzut uznała za zasadny.**

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- (1) nie podlegają wykluczeniu;
- (2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Warunki udziału w postępowaniu, o czym stanowi art. 22 ust. 1b ustawy mogą dotyczyć: (1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; (2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (3) zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei, zgodnie z dyspozycją art. 22a ustawy wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Na potrzeby rozpoznania przedmiotowego zarzutu odwołania w pierwszej kolejności należy odnieść się do treści warunku udziału w postępowaniu oraz podjętych czynności Zamawiającego.

Zamawiający wykonując ciążące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie – obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postępowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku, to nadal aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców, niezmiennie wskazuje się w orzecznictwie, że wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 rok sygn. akt KIO 2384/13). W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretacje i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny.

Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w punkcie 5.2.1 dla robót budowlanych lit. a należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi. Zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może być w żaden sposób rozszerzany czy jego treść nie może być wykładana na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców.

Izba podkreśla w tym miejscu, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności - w rozpoznawanej sprawie w piśmie z dnia 5 marca 2021. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty. Tym samym ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, w zakresie podanego doświadczenia w pozycji 1 Wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 7 do SIWZ), że Zamawiający, zgodnie z tym co napisał w piśmie dnia 5 marca 2021 roku wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o niezwarłe w treści warunku wymagania. Działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, bowiem w żaden sposób w zakresie ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem „źródła ciepła”.

Jak wskazano w załączonej przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lutego 2021 roku *Opinii na temat pomp powietrze/powietrze jako źródła ciepła* – pojęcie to jest „bardzo ogólne i obejmuje szereg różnych rozwiązań technicznych służących dostarczaniu ciepła o odpowiednich parametrach (w szczególności o określonej temperaturze) odbiorcy końcowemu lub na potrzeby innych procesów technologicznych”. Zespół autorów ww. Opinii z Politechniki Częstochowskiej wskazał, na stosowane obecnie technologie, które wykorzystują takie np.: źródła ciepła – systemy ciepłownicze, lokalne źródła ciepła, indywidualne źródła ciepła – „ogrzewania powietrza wentylacyjnego (np. za pomocą pomp ciepła powietrze/powietrze...)”. Z przedstawionej opinii wynika, że pompa ciepła powietrze/powietrze stanowi źródło ciepła.

Wymaga wskazania w tym miejscu, że poza tym, że nie zostało zdefiniowane to pojęcie w ramach warunku udziału w postępowaniu, to również w ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie odwoływał się do żadnych aktów prawnych jak również do innych dokumentów w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Należy podkreślić ponownie, że ocena w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu może być oparta jedynie na podanych, wskazanych wymaganiach. Skutek jaki rodzi taka ocena tj. na przykład wykluczenie wykonawcy z postępowania jest tak dalece idący, że uzasadnionym jest odczytywanie wymagań Zamawiającego tak jak zostały one podane. Za niewłaściwą należy uznać jakąkolwiek wykładnię wymagań zawartych w warunku, która referuje do innych niewskazanych literalnie w tym warunku wymagań. Izba w tym miejscu podkreśla również bierność Zamawiającego w trakcie rozprawy, który to poprzestał jedynie na podtrzymaniu stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 5 marca br. Dodać należy również, że Zamawiający w ukształtowanym warunku udziału w postępowaniu nie określił czy wskazane przez niego źródła ciepła mają być podstawowym źródłem ciepła czy też pomocniczym. Zamawiający nie zdefiniował żadnych wymagań w zakresie „źródeł ciepła” które w jakikolwiek sposób dookreślały wymagania Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oparte zostało na niewskazanych w SIWZ w warunku wymaganiach. W żadnej części warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie odnosił się do „źródeł ciepła” w rozumieniu ustawy z *dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów* (DZ. U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami), oraz definicji jakie wprowadza ta ustawa. Więcej, nie można odnosić wymagań wskazanych w PFU i przenosić ich automatycznie do warunku udziału w postępowaniu. W ramach warunku Zamawiający nie określił, że będzie posługiwał się definicjami zawartymi w tej ustawie. Tym samym wprowadzenie takiej informacji dopiero w piśmie z dnia 5 marca 2021 roku należy uznać za nieuprawnioną próbę uszczegółowienia warunku udziału w postępowaniu oraz uzupełnienia go o wymagania, które nie zostały w postępowaniu określone i przewidziane przez Zamawiającego.

Wskazanie przez Zamawiającego, że *pompa ciepła powietrze/powietrze zamontowana w centralach wentylacyjnych nie wpisuje się w definicje źródła ciepła, które definiuje (przywołana w PFU pkt 3.3) „Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów” (DZ. U. 2008r. nr 223, poz. 1459 z późniejszymi zmianami), zwana dalej Ustawą* w świetle ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu nie uzasadnia niewykazania spełnienia warunku – argumentacja Zamawiającego odnosi się do elementów, które nie wynikały z treści warunku i nie może być uznana jaka potwierdzająca niespełnienie warunku. Należy w tym miejscu również wskazać, że choć

Zamawiający stara się treścią pisma z 5 marca 2021 roku wywrzeć wrażenie, że powyższe stanowiło przyczynę do wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, to próżno szukać w piśmie z dnia 28 stycznia 2021 roku odniesienia do powyżej wskazanej ustawy oraz definicji z art. 2 ust. 6 i 7 w/w ustawy dotyczących: lokalna sieć ciepłownicza - sieć ciepłowniczą dostarczającą ciepło do budynków z lokalnych źródeł ciepła; lokalne źródło ciepła: a) kotłownię lub węzeł cieplny, z których nośnik ciepła jest dostarczany bezpośrednio do instalacji ogrzewania i ciepłej wody w budynku, b) ciepłownię osiedlową lub grupowy wymiennik ciepła wraz z siecią ciepłowniczą o mocy nominalnej do 11,6 MW, dostarczającą ciepło do budynków. W piśmie z dnia 28 stycznia 2021 roku Zamawiający wskazał, odwołując się do korespondencji z Centrum Edukacji Artystycznej, że z uwagi na przekazaną informację że nie wykonano żadnych prac obejmujących zabudowę lub wymianę źródeł ciepła wezwał do złożenia dokumentów.

Zamawiający uzasadnił wykluczenie wykonawcy tym, że *wskazane przez INERGIS S.A. rozwiązanie jest pomocniczym urządzeniem zainstalowanym w centrali wentylacyjnej, dogrzewającym lub chłodzącym (w zależności od warunków pracy) powietrze przepływające przez centralę wentylacyjną dla której to podstawowym źródłem zasilania w ciepło jest „Istniejący Węzeł Cieplny” pokazany przez Wykonawcę na rysunku IS\_C8.* Zamawiający ponownie w swoim stanowisku kreuje okoliczności, które nie były ujęte przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że *podstawowym źródłem zasilania w ciepło jest „Istniejący Węzeł Cieplny”* natomiast należy w tym miejscu podkreślić, że w ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie postawił wymagania, że ma to być podstawowe źródło ciepła, czy jak podał kolejny raz inaczej niż w wymaganiu warunku udziału w postępowaniu, zasilania w ciepło. Tym samym nie uzasadnia stanowiska Zamawiającego fakt, że wskazany *„Istniejący Węzeł Cieplny”* nie był przedmiotem zabudowy lub wymiany, a dokonana była tylko *modernizacja odbiorów ciepła istniejącego węzła cieplnego (węzła rozdzielaczowego centralnego ogrzewania oraz wymiennikowego węzła cieplnego dla układów wentylacji mechanicznej, będące elementami lokalnej sieci ciepłowniczej), bez ingerencji w istniejący węzeł cieplny* – ponieważ dla wykazania spełnienia warunku wykonawca nie musiał wykazać zabudowy lub wymiany podstawowego źródła ciepła, jak również lokalnego źródła ciepła co wynika z samej treści warunku referującej do: (...) *obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła (...).*

Odwołujący jednocześnie w odwołaniu wskazał, że na podstawie rysunku IS\_C8, CZ.P.B.P w ramach doświadczenia w realizacji pozycji 1 Wykazu wykonanych robót, podmiot Przemysłówka S.A. wykonała m.in.: rozbudowę (a nie modernizację), polegającą na dobudowaniu wymiennikowego węzła cieplnego dla układów wentylacji mechanicznej

(dokładnie: węzła ciepłego woda/mieszanina woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu), oraz wymianę (a nie modernizację), polegającą na zastąpieniu dotychczasowych obiegów grzewczych CO w szkole (obieg A na ww. rysunku IS\_C8) oraz w internacie (obieg B na ww. rysunku IS\_C8) nowymi obiegami grzewczymi CO. Nie zmienia to jednakże faktu oceny jakiej dokonał Zamawiający w odniesieniu do warunku, bowiem Zamawiający oprął swoją czynność o niezawartą w SIWZ treść warunku udziału w postępowaniu, którą wprowadza na etapie dokonania oceny spełnienia warunku.

Izba wskazuje, że jedynie na powyżej wskazanym zakresie faktycznym opiera się stanowisko Zamawiającego, który w zasadzie nie kwestionuje, że podane przez Odwołującego zabudowane źródła ciepła tj. (-) pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych (w ramach wykonania instalacji wentylacji mechanicznej - pompy ciepła powietrze/powietrze w centralach wentylacyjnych służą do ogrzewania powietrza wentylacyjnego) oraz (-) węzeł cieplny woda/mieszanina woda-glikol dla zasilania układów wentylacyjnych dla części szkoły i internatu, stanowią „źródła ciepła”. Zamawiający w swoim stanowisku kwestionuje, że wskazane źródła ciepła nie były podstawowym źródłem oraz nie były lokalnymi źródłami ciepła – a to nie było określone w warunku udziału w postępowaniu. Zakres dokonanej czynności Zamawiającego określiło pismo z dnia 5 marca 2021 roku i w tym zakresie podnoszona argumentacja stron podlegała ocenie. Izba pominęła w rozpoznaniu zarzutu odwołania argumentację uczestnika postępowania odwoławczego, która to wykraczała poza zakres czynności Zamawiającego z dnia 5 marca 2021 roku. Warto dostrzec w tym miejscu również, że Zamawiający uzasadniając czynność wykluczenia Odwołującego nie odniósł się do stanowiska Odwołującego zawartego w piśmie z dnia 2 lutego 2021 roku jak również do dokumentów załączonych do tego pisma. Podstawy faktyczne wykluczenia Zamawiający oparł o inne elementy, które ujawnił dopiero w piśmie z dnia 5 marca 2021 roku.

W odniesieniu do doświadczenia wskazanego w pozycji 3 Wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 7 do SIWZ), Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny dokumentu *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia* z dnia 1 lutego 2021 roku przez Gijo Kapsa spółka komandytowa. Dokument ten został podpisany przez Odwołującego, nie został podpisany przez udostępniającego zasoby.

Zgodnie z art. 22 a ust. 2 ustawy - Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów

na potrzeby realizacji zamówienia. Na podstawie § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* - w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art.22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, 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. Natomiast zgodnie z § 14 ust. 3 ww. rozporządzenia - poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

Uwzględniając powyższe Izba nie uznała argumentacji Odwołującego za zasadną, bowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami dla tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca składając zobowiązanie podmiotu oddającego wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, obowiązany był złożyć dokument podpisany przez ten podmiot lub złożyć dokument, który ten podmiot poświadczył za zgodność z oryginałem. Przedstawienie dokumentu Zobowiązania, którego kopię poświadcza Odwołujący nie mieści się w regulacji ww. przepisów. Wskazanie w Zobowiązaniu, że „Zobowiązanie upoważnia Wykonawcę do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotu oddającego zasoby” nie może prowadzić do obejścia obowiązujących regulacji prawnych. Regulacja prawna w tym zakresie jest bardzo precyzyjna.

Izba za niezasadny uznała wniosek Odwołującego złożony w oparciu o *art. 528 ust. 3 o odrzuceniu odwołania w zakresie uzasadnienia zarzutu nr 2* – bowiem nie jest możliwe odrzucenie odwołania w zakresie uzasadnienia przypisanego do danego zarzutu odwołania, w tym wypadku do zarzutu 2. Izba nie stwierdziła również podstawy do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu 2, ponieważ Odwołujący przedstawił za pismem z dnia 2 lutego 2021 roku informacje jakie zostały poddane ocenie Zamawiającego w pismem z dnia 5 marca 2021 roku, a ta właśnie czynność Zamawiającego stanowiła podstawę wniesienia odwołania.



Mając na uwadze powyższe, oraz nie wykraczając poza zakres czynności dokonanej przez Zamawiającego i skarżonej w podnoszonym zarzucie Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wykluczając Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ograniczył w ramach warunku wskazanego w SIWZ „źródła ciepła” do podstawowych oraz lokalnych źródeł ciepła. Tym samym dokonana ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pozycji 1 Wykazu wykonanych robót budowlanych, z odniesieniem do wprowadzonych na etapie oceny elementów, a nie zawartych w warunku, musiała zostać uznana za nieprawidłową. W ocenie Izby, choć skutkiem naruszenia przepisów proceduralnych w zakresie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówieni jest naruszenie obowiązujących w Prawie zamówień publicznych zasad, to za niewystarczające należy uznać jedynie powołanie się przez Odwołującego na podstawę prawną tj. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Wskazane przepisy ustawy referują do wielu różnych zasad i samo podanie jednostki redakcyjnej nie jest w ocenie Izby wystarczającym aby uznać, że naruszenie określonych w przepisach zasad wykazał Odwołujący. Izba nie zastępuje Odwołującego w argumentowaniu która z zasad objętych podniesionymi przepisami została naruszona.

**W zakresie zarzutu (3)** naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy oraz art. 91 ust. 1 Ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy P. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert jak również nie wskazał na naruszenie konkretnych zasad

### **Sygn. akt KIO 774/21**

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

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

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła w trakcie rozprawy dowody zawnioskowane i złożone przy odwołaniu oraz dowód (dowód nr 1 - zapytanie w trybie dostępu do informacji publicznej skierowane do Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski wraz z odpowiedzią oraz do Urząd Miasta Tychy Wydział Architektury wraz z odpowiedzią, a także do powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Tychach wraz z odpowiedzią - na 6 kartach) złożony i zawnioskowany przez Odwołującego na rozprawie.

#### **Izba ustaliła:**

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający w Rozdziale 5 – Warunki udziału w postępowaniu wskazał:

*5.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.*

*Warunek zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:*

*5.2.1. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj.*

*dla dokumentacji projektowej*

- a) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową, tj. pełnobrańzowe projekty budowlane i wykonawcze w branżach — architektonicznej, instalacji sanitarnych i elektrycznych dla odbudowy lub przebudowy lub remontu lub termomodernizacji obiektu wpisanego do rejestru zabytków obejmujące swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła, stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia;*

- b) wykonał, co najmniej jedną dokumentację projektową dla budowy lub przebudowy lub remontu lub obiektu obejmującej swym zakresem dostawę, instalację i uruchomienie modułu kogeneracyjnego o mocy elektrycznej minimum 100kW

dla robót budowlanych:

- a) wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto;
- b) wykonał, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na zabudowie oraz uruchomieniu modułu kogeneracyjnego o mocy elektrycznej minimum 100kW

5.2.2. posiada doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia tj.

dla dokumentacji projektowej:

- a) jedną osobą mającą pełnić funkcję projektanta w specjalności architektonicznej bez ograniczeń posiadającą doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej dokumentacji projektowej dotyczącej odbudowy lub przebudowy lub remontu budynku wpisanego do rejestru zabytków. (Ustawa z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) obejmującą swym zakresem zabudowę lub wymianę minimum: źródeł ciepła, stolarki okiennej, drzwiowej, instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym oraz wymianę oświetlenia,

W dniu 10 lutego 2021 roku Zamawiający wezwał wykonawcę P. spółka akcyjna z siedzibą w Pszczynie do złożenia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy.

W odpowiedzi za pismem z dnia 16 lutego 2021 roku w P. złożył wymagane dokumenty, w tym Wykaz wykonanych usług, Wykaz wykonanych Usług

**W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:**

**W zakresie zarzutu (1)** naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 wz w. żart. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia P. spółka akcyjna z siedzibą w Pszczynie (dalej: P.), pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P.

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1

**zarzutu (2)** naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia P. z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P.;

W zakresie podniesionego zarzutu (1) Izba wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeni do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

(Warunek w pkt 5.2.1 dla dokumentacja projektowa lit. a SIWZ)

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że P. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.1 dla dokumentacja projektowa lit. a, bowiem wskazane przez Odwołującego informacje w Wykazie wykonanych usług (Załącznik nr 6 do SWIZ) w pozycji 1 informacje nie odpowiadają rzeczywistym okoliczności. Mianowicie, na podstawie przedstawionych za odwołaniem oraz na rozprawie dowodów Odwołujący wykazał, że Pracownia Instalacji Sanitarnych „AOUAHEAT” mgr inż. M. B. nie była autorem pełnobrańowego projektu budowlanego dla inwestycji „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”.

Z dokumentów załączonych do odwołania wynika jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji, tamtejszy Zamawiający - Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonania robót budowlanych pn. "Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia" w 2019 roku, a w dniu 5 lutego 2019 roku ogłosił wybór wykonawcy, którym wraz z innym podmiotem był P. . Warto odnotować w tym miejscu, że zgodnie z załączonymi do

odwołania dokumentami realizacja tej inwestycji miała być ukończona do dnia 31 grudnia 2019 roku.

Podane w Wykazie wykonanych usług (Załącznik nr 6 do SWIZ) w pozycji 1 informacje dotyczące „Daty rozpoczęcia i zakończenia wykonania opracowania projektowego” – „od lutego do czerwca 2019 r.” pokrywają się z okresem realizacji inwestycji, a nie okresem projektowym, którego datę końcową potwierdza Decyzja nr 403/2018.

Na podstawie dokumentów załączonych już do odwołania tj. Decyzji Prezydenta Miasta Tychy nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski można było stwierdzić, że w ramach zespołu projektowego nie ma osób podanych przez P. w Wykazie wykonanych usług (Załącznik nr 6 do SWIZ) w pozycji 1 „Imiona i nazwiska autorów opracowania projektowego tj. mgr M. B., mgr inż. arch. M. O. . W odwołaniu wskazała Odwołujący imiona i nazwiska autorów projektu zgodnie z ww. Decyzją, w tym *Architektura mgr inż. arch. A. N. . Potwierdza ta okoliczność także Decyzja 2119/2017 Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, zgodnie z którą zmienia pozwolenie nr 1659/2017 z dnia 30.08.2017 r. na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków: kompleks dawnej zabudowy warzelni i leżakowni, wchodzący w skład zespołu dawnego Browaru Obywatelskiego w Tychach przy ul. Browarowej 15. 17 (dz. nr 1682/91, 1683/91, 1987/91). wpisanego do rejestru zabytków województwa śląskiego decyzją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Katowicach z dnia 28.02.2003 r. pod numerem 80/03 polegających na: zmianie sposobu użytkowania wraz z rozbudową i nadbudową budynku warzelni t leżakowni w ramach tworzonego parku nauko wo-techno logicznego w ten sposób, że do dokumentacji dodaje się „Projekt budowlany - zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego centrum nieelitarniej sztuki multimedialnej - Stara Warzelnia”, sporządzony przez: mgr inż. arch. A. N. w czerwcu 2017 r.*

Z przedstawionego na rozprawie dowodu (dowód nr 1) jednoznacznie wynika, że autorem projektu budowlanego, wskazanego w Decyzji 403/2018 był ABC Pracowania Projektowa B. N. . Potwierdzają to Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski w piśmie z dnia 24 marca 2021 roku oraz do Gmina Miasta Tychy Wydział Budownictwa w piśmie z dnia 16 marca 2021 roku, a także do Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Tychach w odpowiedzi udzielonej email w dniu 4 maja 2021 roku. Jednocześnie należy podkreślić, że nie została wydana decyzja o zmianie pozwolenia na wykonanie robót objętych Decyzją Prezydenta Miasta Tychy nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku. W powyższych pisma potwierdzone zostało również, że mgr inż. arch. A. N. jest projektantem w specjalności architektonicznej, współautorem projektu, w oparciu o który wydana została ww. decyzja.

Przedstawiona przez P. Referencja z dnia 30 czerwca 2020 roku mająca potwierdzać wykonanie pełnobraźnowych projektów budowlanych i wykonawczych spójna jest w czasie z Referencją z dnia 20 kwietnia 2020 roku, która potwierdzała realizację przedmiotowej inwestycji, w terminie od 15 lutego 2019 roku do 30 marca 2020 roku. Natomiast zgodnie z dowodem załączonym do odwołania, a nie kwestionowanym przez Zamawiającego tj. Projekt umowy Zamawiającego Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski dla realizacji roboty budowlanej „Centrum Nieelitarnej Sztuki Multimedialnej – Stara Warzelnia” § 6 Zamawiający obowiązany był do przekazania terenu budowy wykonawcy wraz z dokumentacją projektową. Oznacza to, że wykonawca przejmując teren budowy, po podpisaniu umowy w dniu 15 lutego 2020 roku musiał również otrzymać od Zamawiającego dokumentację projektową. Tym samym referencja z dnia 30 czerwca 2020 roku nie mogła potwierdzać wykonania pełnobraźnowych projektów budowlanych, bowiem w dniu podpisania umowy tj. 15 lutego 2020 roku Zamawiający obowiązany był przekazać dokumentację projektową, oraz co istotne pozwolenie na wykonanie tych robót.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wskazane w pozycji 1 Wykazu wykonanych usług doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku. Jednakże, mając na uwadze, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 musi być poprzedzone wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, regulacja ta jest jednoznaczna - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania – Izba zarzut (1) uznała za niezasadny.

Izba rozpoznała podniesiony **zarzut (2)** ewentualny naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia P. z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie

uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P. - w zakresie powyższym Izba uznała zarzut ten za zasadny.

Za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. Wymaga podkreślenia, że to na Odwołujący ciąży obowiązek wykazania spełnienia ww. przesłanek już na etapie złożenia odwołania.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16 jak i 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu

logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (Sad Najwyższy wyrok z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu całej argumentacji faktycznej przedstawionej przy rozpoznaniu zarzutu (1) doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, bowiem Odwołujący wykazał, że przedstawienie informacji w pozycji 1 Wykazu wykonanych usług stanowi podanie informacji niezgodnej z rzeczywistością. Informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, bowiem dokonał on wyboru tego wykonawcy, co oznacza, że Zamawiający przyjął, że wykonawca P. przedstawiając informacje nie podlega wykluczeniu. Co do zamierzonego działania Izba uznała, że fakt, że P. był wykonawcą (działając wspólnie z



innym podmiotem) inwestycji realizowanej w oparciu o Decyzją Prezydenta Miasta Tychy nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku, która nie była zmieniana, powoduje, że działanie wykonawcy w zakresie przedstawienia takich informacji musi być uznane co najmniej za rażące niedbalstwo. Wymaga podkreślenia, że wykonawcy są odpowiedzialni za informacje jakie przekazują Zamawiającym, również w okolicznościach gdy przedstawiają informacje pochodzące od podmiotów udostępniających swoje zasoby. Izba podkreśla, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy - których naruszenie wskazywał Odwołujący – prowadzi do wniosku, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi kwalifikowaną formę wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz konsumuje w swej regulacji hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy i uznała, że Zamawiający naruszył dyspozycję tego przepisu, tym samym skoro przepis konsumuje w swej treści regulację z pkt 17, to i w tym zakresie doszło do naruszenia tego przepisu ustawy.

Izba zaznacza, że ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy.

(Warunek w pkt 5.2.2 dla dokumentacja projektowa lit. a SIWZ)

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że P. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.2 dla dokumentacja projektowa lit. a, bowiem wskazane przez Odwołującego informacje w Wykazie osób (Załącznik nr 8 do SWIZ) w pozycji 1 nie odpowiadają rzeczywistym okolicznościom. Mianowicie, na podstawie przedstawionych za odwołaniem oraz na rozprawie dowodów Odwołujący wykazał, że wskazana w ww. Wykazie osób, w pozycji 1 Projektant architekt nie uzyskał doświadczenia w zakresie jakie zostało podane w tym wykazie w „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”.

Wykonawca P. dysponuje „projektantem architektem” Panem mgr inż. arch. M. O. na podstawie zobowiązania do użyczenia zasobów udzielonym przez Pracownię Instalacji Sanitarnych AQUAHEAT. Pracownia Instalacji Sanitarnych „AQUAHEAT” mgr inż. M. B. nie była autorem pełnobrańowego projektu budowlanego dla inwestycji „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”. Jak zostało wywiedzione powyżej, tj. przy rozpoznaniu zarzutu dotyczącego wykazania spełnienia warunku z pkt 5.2.1 dla dokumentacji projektowej lit. a SIWZ, na podstawie Decyzji Prezydenta Miasta Tychy nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski stwierdzić należało, że w ramach zespołu projektowego nie znajdujemy osoby Pana mgr inż. arch. M. O. . Podane zostały w odwołaniu, jak również wynikają z załączonego do odwołania dowodu, imiona i nazwiska autorów projektu zgodnie z ww. Decyzją, w tym *Architektura mgr inż. arch. A. N. . Potwierdza tą okoliczność także Decyzja 2119/2017 Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, zgodnie z którą zmienia pozwolenie nr 1659/2017 z dnia 30.08.2017 r. na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków: kompleks dawnej zabudowy warzelnii i leżakowni, wchodzący w skład zespołu dawnego Browaru Obywatelskiego w Tychach (...) w ten sposób, że do dokumentacji dodaje się „Projekt budowlany - zmiana sposobu użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego centrum nieelitarniej sztuki multimedialnej - Stara Warzelnia”, sporządzony przez: mgr inż. arch. A. N. w czerwcu 2017 r.* Okoliczność powyższą potwierdza również dowód złożony przez Odwołującego w trakcie rozprawy (dowód nr 1), że autorem projektu budowlanego, wskazanego w Decyzji 403/2018 był ABC Pracowania Projektowa B. N., a Pan mgr inż. arch. A. N. jest projektantem w specjalności architektonicznej, współautorem projektu, w oparciu o który wydana została ww. decyzja. Wymaga odnotowania, że nie została wydana decyzja o zmianie pozwolenia na wykonanie robót objętych Decyzją Prezydenta Miasta Tychy nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku.

Izba dostrzegła, że Wykazie osób, podobnie jak w Wykazie wykonanych usług, podał wykonawca okres opracowania dokumentacji projektowej dla zadania „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelnii w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”, podając „od 02.2019 do 06.2019”. Jednocześnie w tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja przedstawiona powyżej, że z dokumentów załączonych do odwołania wynika jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację inwestycji, tamtejszy Zamawiający - Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski ogłosił przetarg nieograniczony na wykonania robót budowlanych pn. "Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia" w 2019 roku, a w dniu 5 lutego 2019 roku ogłosił wybór wykonawcy, którym wraz z innym podmiotem

był P. . Warto odnotować w tym miejscu, że zgodnie z załączonymi do odwołania dokumentami realizacja tej inwestycji miała być ukończona do dnia 31 grudnia 2019 roku. Tym samym okres podany w Wykazie osób pokrywa się z okresem realizacji inwestycji, a nie okresem przygotowania dokumentacji projektowej, na podstawie której zostały wydane wymagane prawem stosowne decyzje. Warto odnotować również w tym miejscu, że projekt budowlany „Projekt budowlany - zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego centrum nieelitarniej sztuki multimedialnej - Stara Warzelnia”, sporządzony przez: mgr inż. arch. A. N. w czerwcu 2017 r. został wskazy w Decyzji 2119/2017 Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 9 października 2017 roku, czyli w czasie gdy Pan O. nie posiadał jeszcze uprawnień budowlanych w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń, które nabył z dniem 9 stycznia 2018 roku. Natomiast wniosek o pozwolenie na budowę i rozbiórkę został złożony w dniu 27 marca 2018 roku wraz z załączonym projektem budowlanym – 4 komplety (część architektoniczna, część konstrukcyjna, ekspertyza techniczna, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne). Tak jak było to już wskazywane Prezydenta Miasta Tychy wydał Decyzję nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia Tyskiej Fundacji Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski, która nie została zmieniona.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wskazana w pozycji 1 Wykazu osób (Załącznik nr 8 do SIWZ) osoba Projektanta architekta nie posiada odpowiedniego doświadczenia. Pracownię Instalacji Sanitarnych AQUAHEAT. Pracownia Instalacji Sanitarnych „AQUAHEAT” mgr inż. M. B. nie była autorem pełnobrańowego projektu budowlanego dla inwestycji „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”, a autorem projektu budowlanego, wskazanego w Decyzji 403/2018 był ABC Pracownia Projektowa B. N., a Pan mgr inż. arch. A. N. jest projektantem w specjalności architektonicznej, współautorem projektu, w oparciu o który wydana została ww. decyzja. Jednakże, mając na uwadze, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 musi być poprzedzone wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, regulacja ta jest jednoznaczna - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania – Izba zarzut (1) uznała za niezasadny.

Izba rozpoznała podniesiony **zarzut (2)** ewentualny naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia P. z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P. - w zakresie powyższym Izba uznała zarzut ten za zasadny.

Izba uwzględniła w tym miejscu przedstawioną powyżej przy rozpoznaniu zarzutu wykazania spełnienia warunku z pkt 5.2.1 dla dokumentacji projektowej lit. a SIWZ argumentację prawną. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu całej argumentacji faktycznej przedstawionej przy rozpoznaniu zarzutu (1) doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, bowiem Odwołujący wykazał, że przedstawienie informacji w pozycji 1 Wykazu osób stanowi podanie informacji niezgodnej z rzeczywistością. Wskazana w Wykazie osób Pracownia Instalacji Sanitarnych „AOUAHEAT” mgr inż. M. B. nie była autorem pełnobrańowego projektu budowlanego dla inwestycji „Zmiana sposobu użytkowania budynku warzelni w ramach tworzonego Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia”, a autorem projektu budowlanego, wskazanego w Decyzji 403/2018 był ABC Pracownia Projektowa B. N. . Natomiast to Pan mgr inż. arch. A. N., zgodnie z wymienionymi dokumentami, jest projektantem w specjalności architektonicznej, współautorem projektu, w oparciu o który wydana została ww. decyzja, do której nie została wydana decyzja o zmianie pozwolenia na wykonanie robót budowlanych.

Informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, bowiem dokonał on wyboru tego wykonawcy, co oznacza, że Zamawiający przyjął, że wykonawca P. przedstawiając informacje nie podlega wykluczeniu. Co do zamierzonego działania Izba uznała, że fakt, że P. był wykonawcą (działając wspólnie z innym podmiotem) inwestycji realizowanej w oparciu o Decyzją Prezydenta Miasta Tychy nr 403/2018 z dnia 27 czerwca 2018 roku, która nie była zmieniana, powoduje, że działanie wykonawcy w zakresie przedstawienia takich informacji musi być uznane co najmniej za rażące niedbalstwo. Wymaga podkreślenia, że wykonawcy są odpowiedzialni za informacje jakie przekazują Zamawiającym, również w okolicznościach gdy przedstawiają informacje pochodzące od podmiotów udostępniających swoje zasoby. Izba podkreśla, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w danym postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego. Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy - których naruszenie wskazywał Odwołujący – prowadzi do wniosku, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi kwalifikowaną formę wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz konsumuje w swej regulacji hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy i uznała, że Zamawiający naruszył dyspozycję tego przepisu, tym samym skoro przepis konsumuje w swej treści regulację z pkt 17, to i w tym zakresie doszło do naruszenia tego przepisu ustawy.

Izba zaznacza, że ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy.

**W zakresie zarzutu (3)** naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o której mowa w Rozdz. 5 pkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez P.;

**względnie** w razie nieuwzględnienia ww. zarzutu (tj.3) - art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy P., pomimo iż w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie realizacji robót na czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, co miało wpływ na ocenę jego oferty w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdz. 5 pkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych.

W złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentach P. przedstawił Wykaz wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 7 do SIWZ), w pozycji 1 wskazał nazwę i lokalizację

budowy/przebudowy/ remontu - *Zmiana sposobu użytkowania budynku Warzelnia w ramach tworzenia Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia w Tychach przy ul. Browarowej 15.17; w opisie i zakresie wykonanych robót podał: Zakres robót obejmował wykonanie w czynnym obiekcie, wpisanym do rejestru /abytków pod nr: A/80/03, roboty polegające na termomodernizacji, rozbudowie, przebudowie i adaptacji budynku dawnej Warzelnia w tym min.: wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej i drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym.*

Spór w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie sprowadza się do oceny, czy obiekt w którym prowadzone prace był „czynny” i jak rozumieć to pojęcie w ramach warunku:

*dla robót budowlanych:*

a) *wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na termomodernizacji w czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmującej swym zakresem minimum: zabudowę lub wymianę źródeł ciepła, wymianę stolarki okiennej, drzwiowej, wymianę instalacji centralnego ogrzewania w węźle cieplnym o wartości minimum 3 000 000,00 zł netto;*

Zgodnie z dowodem załączonym do odwołania tj. udzielonych przez tamtejszego Zamawiającego - Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski w ramach ogłoszonego przetargu nieograniczonego na wykonania robót budowlanych pn. "Centrum Nieelitarniej Sztuki Multimedialnej - Stara Warzelnia" w wyjaśnieniach (udzielonych odpowiedziach) do postępowania przetargowego w dniu 28 grudnia 2018 roku udzielił następujących informacji:

*Pytanie 1 (27.12.2018). Proszę o ustalenie terminu wizji lokalnej na obiekcie.*

*Odpowiedź 1.*

*Obiekt dawnej warzelnia jest dostępny dla oferentów i innych zainteresowanych zwiedzaniem tak jak inne dostępne turystycznie obiekty Browaru Obywatelskiego w godzinach 8.00 - 16.00.*

*Ze względu na stan obiektu i jego wyłączenie z użytkowania należy wejść do obiektu z portierem, który otworzy i zamknie obiekt.*

Zgodnie z dowodem załączonym do odwołania tj. Ogłoszenie – przetarg nieograniczony na wykonanie robót budowlanych Zamawiający - Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski;

*pkt 10 Informacja dodatkowa*

*Obiekt dawnej warzelnia jest dostępny dla oferentów i innych zainteresowanych przeprowadzeniem wizji lokalnej w godzinach 8.00 - 16.00.*

*Ze względu na stan obiektu i jego wyłączenie z użytkowania należy wejść do obiektu po uprzednim umówieniu się telefonicznie z osobą wskazaną do kontaktów w SIWZ, która otworzy i zamknie obiekt.*

W Referencji z dnia 20 kwietnia 2020 roku Tyska Fundacja Promocji Kultury i Turystyki Browar Obywatelski, reprezentowana przez Członka Zarządu wskazała:

*firma: P. sp. z o.o. (...) wykonała w okresie od 15.02.2019 r do 30.03.2020 r. na podstawie umowy (...) z dnia 15.02.2019r. w czynnym obiekcie, wpisanym do rejestru zabytków (...) budowlane pn.: (...)*

Mając na uwadze powyższe, jak również argumentację prawną podnoszoną już wcześniej w zakresie warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała, że przy tym stanie faktycznym po pierwsze, że nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego co rozumie pod pojęciem *w czynnym obiekcie*. Tym samym należy odnieść się do literalnego brzmienia tego sformułowania. Zgodnie z definicją słownika PWN, czynny to – funkcjonujący, uruchomiony, też aktywny, sprawny.

W ocenie Izby odnosząc to do przedmiotowej sprawy należy uznać, że warunek udziału w postępowaniu odnosił się do wykonania co najmniej jednego zamówienia polegające na termomodernizacji w funkcjonującym obiekcie. W ocenie Izby przedstawiony przez Odwołującego dowód, tj. ogłoszenie o zamówieniu oraz udzielone wyjaśnienia przesądzają, że obiekt dawnej warzelni, ze względu na stan obiektu został wyłączony z użytkowania. Skoro został wyłączony z użytkowania, to nie mógł być obiektem funkcjonującym, uruchomionym, sprawnym – czyli nie był obiektem czynnym. Dobitnie potwierdza to wskazanie w tamtejszym ogłoszeniu o zamówieniu, gdzie wprost wskazano, że obiekt jest zamknięty. Izba uznała dowody przedstawione przez Odwołującego za wiarygodne i oddające faktyczny stan rzeczy, tym bardziej, że zawierają one informacje z czasu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i pochodzą bezpośrednio od tamtego Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5.2.1 dla robót budowlanych lit. a SIWZ), mając na uwadze, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 musi być poprzedzone wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, regulacja ta jest jednoznaczna - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości,

zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania – Izba zarzut (3) uznała za niezasadny.

W zakresie zarzuty **ewentualnego** naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy P., pomimo iż w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie realizacji robót na czynnym obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, co miało wpływ na ocenę jego oferty w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdz. 5 pkt 5.2.1. lit. a) SIWZ dla robót budowlanych – Izba uznała za zasadny.

Izba uznała ten zarzut za zasadny, uwzględniając w tym miejscu całą podniesioną wcześniej argumentację prawną (zarzut 1 i 2), a także wskazane powyżej uzasadnienie faktyczne w ramach rozpoznania zarzutu podstawowego, bowiem przedstawienie przez P. w Wykazie wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 7 do SIWZ), w pozycji 1 informacji o wykonaniu robót budowlanych w czynnym obiekcie – które to roboty budowlane wykonywał, w obliczu informacji podanych przez Zamawiającego na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – w ocenie Izby nie są zgodne ze stanem rzeczywistym w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe. Tak przedstawione informacje mogły mieć, i miały w tym wypadku istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, czego efektem był wybór oferty tego wykonawcy w postępowaniu. Działania P., który realizowała przedmiotową inwestycję wskazaną w Wykazie wykonanych robót budowlanych wyczerpują znamiona lekkomyślności i niedbalstwa. Wykonawca składający dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do ich starannej weryfikacji, nawet wtedy, gdy dotyczą inwestycji realizowanej przez niego samego.

**W zakresie zarzutu (4)** – ewentualnego do zarzutu 1 i 3 - naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo że wykonawca P. nie wykazał spełniania tych warunków.



Mając na uwadze specyficzną konstrukcję odwołania, która zarzuty dalej idące stawia w zarzucie ewentualnym (zarzut 2 i ewentualny przy zarzucie 3), oraz że zarzuty podstawowe Izba uznała za niezasadne, bowiem nie można nakazać wykluczenia z postępowania jeżeli nie wykonano obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy tj. wezwania do złożenia stosownych dokumentów i jednocześnie uwzględniając, że zarzuty ewentualne tj. zarzut 2 i ewentualny przy zarzucie 3, zostały przez Izbę uwzględnione, czego konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy P. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego; Izba stwierdziła, że zarzut 4 ewentualny w kontekście podniesionych zarzutów podstawowych jest prawidłowo podniesiony, czyli zasadny – ale jednocześnie za zasadne Izba uznała zarzut 2 i ewentualny przy zarzucie 3, to bezprzedmiotowe stało się nakazywanie wezwania do złożenia odpowiednich dokumentów.

**W zakresie zarzutu (5)** naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. z uwagi na złożenie oferty niezgodnej z SIWZ – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu oferty – w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający mimo braku złożenia przez wykonawcę wymaganych oświadczeń nie dopatrył się niezgodności treści złożonej oferty z wymaganiami SIWZ, co w ocenie Izby stanowi działanie nieprawidłowe.

Zdaniem Izby wymaga w tym miejscu przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08).

Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. Takie odstępianie od określonych w SIWZ zasad nie może być uznane za działanie prawidłowe, a sam fakt jego dokonania powoduje naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w ustawie.

Mając na uwadze powyższe argumenty prawne Izba wskazuje, że Odwołujący wykazał, że Zamawiający nie przeprowadził prawidłowego badania oferty P., która to oferta nie zawiera oświadczeń jakie złożenia wymagał Zamawiający, jednoznacznie określając je na stronie 4 Formularza Ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

W ocenie Izby zgodność treści oferty z SIWZ oceniana musi być w odniesieniu do wszystkich dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia. O zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ nie przesądza złożenie oferty zgodnie z formularzami lecz przesądza fakt, złożenia oświadczeń zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Gdyby uznać, że dane oświadczenia, których wymagał Zamawiający kompensują się w samym fakcie złożenia oferty, to prowadziłyby to do skutku, w którym każdorazowo należy uwzględniać złożony dokument przez wykonawcę w postępowaniu, niezależnie od oświadczeń w nim zawartych. Sam fakt złożenia oferty w postępowaniu nie zastępuje konieczności złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń, które sam Zamawiający określił i wymagał w przygotowanej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zaznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań przez samego Zamawiającego w SIWZ. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca składał jako ofertę jedynie Formularz ofertowy oraz stosowane oświadczenia, w tym Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Brak strony 4 Formularza ofertowego w ofercie P. to brak oświadczenia o zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, projektu umowy oraz Programem Funkcjonalno – Użytkowym, które swoim oświadczeniem wykonawca akceptuje i nie wnosi do nich zastrzeżeń. W ocenie Izby, w zakresie uzasadnienia faktycznego podniesionego przez Odwołującego fakt, że Zamawiający wymagał takiego oświadczenia, i jest to jedyne oświadczenie w postępowaniu co do przedmiotu umowy, sposobu jego realizacji i warunków realizacji, dowodzi, że zdefiniował określone wymaganie co do sposobu złożenia oświadczenia o określonym zakresie. Oświadczenie to jest ogólne, lecz mając na uwadze, że żadnych innych dokumentów w postępowaniu wraz z ofertą wykonawca nie składał, ma ono znamiennej wartość. Oświadczenia zawarte w ofercie dotyczą jedynie wykonania zakresu przedmiotu zamówienia z określeniem zasad finansowania tego zamówienia i tylko w tym zakresie mają swoje znaczenie. To po stronie wykonawcy składającego ofertę istnieje obowiązek złożenia jej w taki sposób, aby Zamawiający posiadał wszystkie wymagane oświadczenia. Nie znajduje uzasadnienia w ocenie Izby wywodzenie, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu potwierdza akceptację i zapoznanie się z dokumentacją przez wykonawcę.

W ocenie Izby doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty P. z uwagi na brak złożenia wymaganych SIWZ oświadczeń.

**W zakresie zarzutu (6)** naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania P. oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania przez wybór oferty P., pomimo że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona – Izba uznała zarzut za zasadny.

W odniesieniu do samodzielnie podniesionego zarzutu naruszenia zasad prawa zamówień publicznych uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców powiązanego z zaniechaniem wykluczenia z postępowania P. Izba uznała, kontekście poniesionych wyżej zarzutów stanowisko Odwołującego za zasadne. Niemniej, w tym wypadku podniesienie naruszenia zasad stanowi konsekwencję wcześniej podnoszonej argumentacji, a naruszenie art. 7 ust. 1 upatruje w zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz

racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

**W zakresie zarzutu (7)** naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania P. przy jednoczesnym bezpodstawnym, niezgodnym z zasadami proporcjonalności i przejrzystości opieszałym udostępnieniu Odwołującemu dokumentów i oświadczeń P. składanych na wezwanie, co doprowadziło do pozostawieniu Odwołującego pół dnia (09 marca 2021 r.) w celu dokonania ich weryfikacji i jednego dnia (10 marca 2021 r.) do skorzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do podważenia decyzji Zamawiającego w zakresie oceny oferty P. i wyboru jej jako najkorzystniejszej – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Ustawa określa terminy na wniesienie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa również określa, zgodnie z art. 96 ust. 3, że *protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.* Natomiast zgodnie z art. 96 ust. 2 *oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.*

W trakcie rozprawy wyjaśniono, że wynik postępowania został opublikowany w dniu 5 marca br., a to był piątek, przy czym czynność Zamawiającego była podjęta w godzinach popołudniowych. Odwołujący złożył wniosek w dniu 8 marca 2021 (poniedziałek) i uzyskał odpowiedź w dniu 9 marca 2021 roku. Odwołujący upatrywał swojej racji w tym, że reakcja Zamawiającego powinna być natychmiastowa.

Izba w zakresie podniesionego zarzutu odwołania stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał naruszenia jakichkolwiek zasad oraz przepisów ustawy. Więcej, złożył skutecznie odwołanie. Natychmiastowe działanie Zamawiającego nie może być utożsamiane z wykonaniem danej czynności od razu, należy mieć na uwadze również, że wykonanie czynności winno nastąpić najszybciej jak to jest możliwe. Izba dostrzegła, że Odwołujący zaniechał przesłania do Zamawiającego stosownego wniosku w dniu 5 marca 2021 roku, co niewątpliwie mogłoby przyspieszyć chociaż o jeden dzień czynności Zamawiającego. Nie istnieje żadna regulacja prawna, która ograniczałaby możliwość podjęcia przez Zamawiającego czynności w piątek, czy też w piątek w godzinach popołudniowych. Tym samym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia wskazanych w ramach tego zarzutu przez Odwołującego przepisów.

**Izba wskazuje w odsianiu do rozpoznawanych spraw odwoławczych, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r.**, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

Izba uwzględniła w części pierwsze z odwołań sygn. akt KIO 767/21 oraz uwzględniła w części pierwsze z odwołań sygn. akt KIO 774/21. Wobec powyższego, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

W sprawie sygn. akt KIO 767/21 odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji dwóch zarzutów zasadnych do trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł

ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury; Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów. Izba zgodnie z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób jaki wynika z § 7 ust. 3, z uwagi na to, że rodzaj podniesionych zarzutów uwzględnionych przez Izbę i ich znaczenie dla rozpoznania odwołania przemawiał za tym.

W sprawie sygn. akt KIO 774/21 odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji dwóch zarzutów zasadnych do trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury; Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów. Izba zgodnie z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób jaki wynika z § 7 ust. 3, z uwagi na to, że rodzaj podniesionych zarzutów uwzględnionych przez Izbę i ich znaczenie dla rozpoznania odwołania przemawiał za tym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....