

**WYROK**  
z dnia 19 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2021r. przez **wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie z siedzibą w Żarkach, ul. Myszkowska 59**

przy udziale **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Irysowa 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 605/21 po stronie odwołującego

przy udziale **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie, ul. Odkrywkowa 91** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 605/21 po stronie zamawiającego

**orzeka :**

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** i
  - 2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od **wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** na rzecz **zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie z siedzibą w Żarkach, ul. Myszkowska 59** kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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

**Przewodniczący:** .....

## Sygn. akt KIO 605/21

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie „Przebudowa wiaduktu drogowego w ciągu drogi powiatowej nr 1713 S w km 6+517 nad torami PKP w miejscowości Kotowice oraz chodnika” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 768577-N-2020 z dnia 18.12.2020 r.

W dniu 18 lutego 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Primost Południa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie.

W dniu 23 lutego 2021 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 stycznia 2021 r. udzielone przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji w dacie wystawienia pełnomocnictwa. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 lutego 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i 3 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Primost Południe Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten nie spełniał i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

2. art. 22a ust. 1 i ust. 2 ustawy przez błędne uznanie, że Spółka Primost Południe Sp. z o.o. polegała na zdolnościach podmiotów trzecich w zakresie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności finansowej i ekonomicznej oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 b pkt 2 i 3 ustawy).

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Primost Sp. z o.o. pomimo wprowadzenia w błąd zamawiającego przez tego wykonawcę przy przedstawianiu informacji mających istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oświadczeń składanych przez wykonawcę w ofercie, co do dysponowania potencjałem podmiotów trzecich, a tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności finansowej i ekonomicznej, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Spółki Primost Południe SP. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności oceny i badania ofert,
3. wykluczenie Spółki Primost Południe Sp. z o.o. z niniejszego postępowania oraz odrzucenie jego oferty,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy (art. 505 ust. 1 nowego ustawy) we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych, mostowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy. Na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, oferta odwołującego nie uzyskała najlepszego wyniku oceny według kryteriów przyznawania punktacji określonych SIWZ, choć jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podglądających odrzuceniu,.

Odwołujący jest jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie opisanego wyżej zamówienia publicznego w postępowaniu, zatem wykazanie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy ze skutkiem należytej oceny jego oferty, stwarza odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Nieuzyskanie z kolei zamówienia może wpisywać się w szkodę po stronie odwołującego.

Kwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności zamawiającego pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

Odwołujący podał, że Primost Południe sp. z o.o. (dalej: wykonawca) złożyła ofertę z dnia 26.01.2021r. na wykonanie powyższego zadania powołując się na zasoby następujących podmiotów:

- Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. – w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – SIWZ 9.2.b) ,
- Elektrolex sp. z o.o. – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – SIWZ 8.2.c)2) (kierownik robót energetycznych)
- HGT SP. z o.o. – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej SIWZ 8.2.c)2) (kierownik robót telekomunikacyjnych)

Zamawiający w toku prowadzonego postępowania pismem z 08.02.2021r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał Primost Południe Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej. Zgodnie z pkt 9.6 SIWZ wykonawca mógł w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach innych podmiotów. W takiej

sytuacji wykonawca zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 9.8. SIWZ oświadczenie dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców składane są w oryginale.

W realiach niniejszego postępowania Primost Południe Sp. z o.o. do oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich dołączył kopię zobowiązania Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A.

Dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Promost Południe Sp. z o.o. dołączył oryginał powyższego zobowiązania wskazując, że do oferty załączył omyłkowo kopię. Na dzień złożenia oferty Primost Południe Sp. z o.o. nie spełniał wymogów formalnych niezbędnych do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. Wezwanie do udzielenia wyjaśnień dokonane w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy nie mogło stanowić podstawy samodzielnego uzupełnienia brakujących oświadczeń, które winny być złożone w oryginale.

Dalej zamawiający pismem z dnia 10.02.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wezwał Primost Południe sp. z o.o. do przedłożenia wykazu dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy (brak podstaw wykluczenia z postępowania), tj. odpisu z właściwego rejestru działalności gospodarczej, informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia właściwego naczelnika US potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, zaświadczenia ZUS, że wykonawca nie zalega z opłacaniem odpowiednich składek oraz oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca w piśmie z 15.02.2021r. podał, że podmioty, na zdolnościach których polegał składając ofertę, tj. spółki Elektrolex sp. z o.o. i HGT sp. z o.o. wskazane w ofercie jako podmioty udostępniające zasoby nie posiadają aktualnych zaświadczeń z KRK, US i ZUS. Wobec tego nie są w stanie ich pozyskać do 16.02.2021 r. Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż nie jest w stanie wykazać, że wobec powyższych podmiotów nie zachodzą przesłanki wykluczenia.

W tym samym piśmie Primost Południe Sp. z o.o. oświadczył, że Elektrolex sp. z o.o. i HGT sp. z o.o., które udostępniały zdolność zawodową w zakresie kierownika robót energetycznych i kierownika robót teletechnicznych zostają zastąpione w następujący sposób:

- w zakresie kierownika robót teletechnicznych wykonawca wskazał na zasoby własne w osobie pracownika A. M.,
- w zakresie kierownika robót energetycznych wykonawca powołał się na zasoby firmy F.H.U. Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne M. R. .

Primost Południe SP. z o.o. dołączył jednocześnie zobowiązanie F.H.U. Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne M. R. z dnia 12.02.2021r., z którego wynika, że podmiot ten udostępni Primost Południe SP. z o.o. kierownika robót energetycznych. Do zobowiązania dołączono m. in. informacje z KRK z dnia 04.02.2021r. oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie podatków i opłat lokalnych z dnia 12.02.2021r.

Dodatkowo komentowanym pismem 15.02.2021r. z Primost Południe Sp. z o.o. dołączył dokumenty Spółki Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., m. in. opinię bankową Banku Milenium S.A. 09.02.2021r. oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie podatków i opłat lokalnych z dnia 10.02.2021r.

Na podstawie powyższych uzupełnień, oświadczeń i dokumentów przedłożonych przez Primost Południe Sp. z o.o. zamawiający w dniu 18.02.2021r. dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Powyższa czynność zamawiającego w ocenie odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w zarzutach odwołania.

Warunki udziału w postępowaniu, co wynika z brzmienia przepisu 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 przepisu 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.

Jednak wykonawca polegając 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. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy.

Zaznaczenia według odwołującego wymaga także, że ustawodawca wprowadził również dodatkowy warunek w odniesieniu do zamówień polegających na realizacji robót budowlanych lub usług stwierdzając, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdol-

ności są wymagane.

Odwołujący podniósł, że Spółka Primost Południe Sp. z o.o. nie złożyła wymaganego zobowiązania zgodnie z Załącznikiem nr 11 do SIWZ w zakresie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przesyłowego S.A. mimo, że powoływała się na zasoby tego podmiotu w zakresie zdolności finansowej. Przedłożona kopia oświadczenia warunku tego nie spełnia.

Zgodnie z Pismem Prezesa UZP „Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp?": „Zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego”. ([www.uzp.go.v.pl](http://www.uzp.go.v.pl), Lex nr 318658).

Zgodnie z powszechnie aprobowanym orzecznictwem KIO warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert - już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez zamawiającego i wskazane w SIWZ). Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy powinny być aktualne na dzień ich złożenia, a więc co do zasady mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Wystarczające jest zatem obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania ofert rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem wstępnym – vide: Wyrok KIO w 14.08.2020r., KIO 1559/20

Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert lub wniosków i trwać przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – vide: uchwała KIO z 18.05.2020r., KIO/KD 20/20.

Taki stan faktyczny, w którym wykonawca powołuje się na potwierdzenie spełnienia warunków udziału może stanowić podstawę do uznania wykazania spełnienia warunków udziału w

postępowaniu i skuteczności złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów, ale wyłącznie w zakresie w jakim spełniono wymogi zamawiającego i o ile wykonawca polegał na zdolnościach podmiotu trzeciego w dniu złożenia oferty. Dzień złożenia ofert jest też dniem, który wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu. W tym dniu wykonawca nie może podlegać wykluczeniu.

W rozpoznawanym przypadku, w ocenie odwołującego mamy do czynienia z brakiem złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów, bowiem, z samego oświadczenia to wynika. W ocenie odwołującego, Spółka Primost Południe Sp. z o.o. składając z ofertę bez oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego zasoby które się powoływała, w kopii nie wykazała, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tak jak to opisał i wymagał zamawiający w SIWZ.

Nawet gdyby przyjąć, że zobowiązanie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przesyłowego S.A. zostało skutecznie uzupełnione, to wskazać należy, że dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku w zakresie zdolności finansowej wymogu tego nie potwierdzają. Z opinii Banku PKO S.A. nie wynika wysokość dostępnych środków, natomiast opinia bankowa Banku Milenium S.A. wskazuje na wysokość dostępnych środków na dzień 09.02.2021r., tym samym nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty.

Odnosząc się do zasobów dwóch pozostałych podmiotów Elektrolex Sp. z o.o. oraz HGT Sp. z o.o. to również w tym zakresie Primost Południe Sp. z o.o. na dzień złożenia oferty nie mógł polegać na zasobach tych podmiotów. W tym zakresie zasadny jest zarzut podlegania wykluczeniu, wobec nie wykazania podstaw wykluczenia z postępowania.

Nie istniały podstawy do samodzielnej zmiany omawianego potencjału. Adresatem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy jest zamawiający. Samodzielne przedłożenie przez wykonawcę dokumentów niezgodnych przez zamawiającego w skierowanym wezwaniu jest nieskuteczne i nie wywołuje skutków prawnych – vide: wyrok KIO 1521/11.

W rozpoznawanym przypadku, w ocenie odwołującego mamy do czynienia z sytuacją równoznaczną z brakiem złożenia oświadczeń o poleganiu na zasobach innych podmiotów w sposób, w formie i w zakresie wymaganym i opisanym w SIWZ, bowiem, samego oświadczenia nie można - mając na uwadze obowiązek wykazania, udowodnienia zamawiającemu dysponowania na dzień złożenia oferty - sprowadzić do złożenia kopii oświadczenia, czy też samodzielnej wymiany oświadczenia na oświadczenie innego podmiotu.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 22a ust. 2 ustawy jest artykułem dyspozytywnym dla wykonawcy - co oznacza, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, udowodnienia, i to już na etapie złożenia oferty, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów w sposób wymagany i opisany w SIWZ.

Odnosząc się do zobowiązania F.H.U. Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne M. R. z dnia

12.02.2021r. przedłożonego przez Primost Południe Sp. z o.o. w trybie samouzupełnienia, to nawet gdyby przyjąć, że uprawnienie takie przysługiwało, to uzupełnione oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunków udziału na dzień złożenia oferty. Zobowiązanie zostało złożone w dniu 12.02.2021r. i nie potwierdza, że na dzień 26.01.2021r. Primost Południe Sp. z o.o. mógł polegać na potencjale tego podmiotu.

Tym samym dopiero po złożeniu oferty, Primost Południe Sp. z o.o. formalnie złożył oświadczenia podmiotów trzecich, co powoduje, że wykonawca ten na dzień złożenia oferty nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu art. 24 ust. 6 ustawy. Tym samym w omawianym zakresie w ocenie odwołującego wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Jak trafnie wskazała także Krajowa Izba Odwoławcza, że „(...) choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.(...)”

Odwołujący wskazał, że Spółka Primost Południe Sp. z o.o. składając ofertę w postępowaniu nie dochowała należytej staranności przy uwzględnieniu, że chciała posłużyć się potencjałem innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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 prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji zamawiającemu należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Odwołujący powołał się na Sąd Najwyższy z wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnie-

niu 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.

Odwołujący podniósł, w ślad za ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że: „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.(...)” Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzi do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, które to sobie sam zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.(...)”

W dniu 24 lutego 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 1 marca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wnosząc o uwzględnienie odwołania. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, wynika z faktu, iż oferta przystępującego została sklasyfikowana w niniejszym postępowaniu na trzeciej pozycji, tuż za ofertą odwołującego. Wobec faktu, iż niniejsze postępowanie prowadzone jest na zasadach procedury odwróconej, w przypadku uznania przez Izbę złożonego w nim odwołania za zasadne, przystępujący zachowałby szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Ponadto przystępującemu w dalszym ciągu przysługiwały środki ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego podjętych po zakończeniu przedmiotowej sprawy, zawistej przed Izbą, co może mieć znaczący wpływ na

jego ostateczną klasyfikację. Oddalenie złożonego odwołania pozbawi przystępującego szansy na wybór jego oferty, generując po jego stronie szkodę polegającą na utracie zysku, jak też doświadczenia, jakie wiążą się z realizacją wskazanej powyżej inwestycji. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 lutego 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom w dniu 1 marca 2021 r.

W dniu 28 lutego 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Primost Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Będzinie wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego do niniejszego postępowania odwoławczego ze względu na fakt, iż ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem w wyniku jego uwzględnienia w całości przystępujący zostałby wykluczony z postępowania, a należy zaznaczyć, iż obecnie jego oferta pozostaje najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący w złożonym odwołaniu wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego oraz m.in. wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenie jego oferty. Rozstrzygnięcie odwołania w całości na korzyść odwołującego skutkowałoby koniecznością unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty przystępującego oraz jego wykluczenie z postępowania. Tym samym uwzględnienie żądań odwołującego w sposób bezpośredni zagraża interesowi prawnemu przystępującego jakim pozostaje utrzymanie decyzji zamawiającego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz pozbawi przystępującego możliwości pozyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji przystępujący może stracić szansę na zawarcie umowy w sprawie realizacji zamówienia oraz wynikających z tego korzyści. Dlatego też interes przystępującego pokrywa się z interesem zamawiającego w zakresie utrzymania decyzji o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz w oddaleniu wniesionego w niniejszej sprawie odwołania w całości.

W ocenie przystępującego zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oraz wywodzone z nich żądania są nieuzasadnione i nie zasługują na uwzględnienie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezpodstawnego. Wbrew zarzutom podniesionym w odwołaniu, zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu, a tym samym zasadnie dokonał wyboru oferty przystępującego. Czynności zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert zostały podjęte zgodnie z prawem i nie naruszają przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Jednocześnie przystępujący zastrzegł, że z uwagi na krótki ustawowy termin do zgłoszenia przystąpienia, stanowisko merytoryczne wraz z przedłożeniem stosownych dowodów w kwestii oddalenia odwołania, zostanie szczegółowo przedstawione na rozprawie.

Wniesione w niniejszej sprawie odwołanie nie posiada żadnych podstaw prawnych oraz faktycznych gdyż wszystkie poczynione przez zamawiającego czynności w postępowaniu pozostają prawidłowe i zgodne z ustawą. Jego treść (co wynika chociażby z wewnętrznych sprzeczności składanych w nim oświadczeń) ma jedynie wywołać mylne wrażenie zasadności stawianych zarzutów. Przystępujący dodatkowo zaznaczył, że treść uzasadnienia pozostaje chaotyczna oraz oderwana od stawianych zamawiającemu zarzutów. Część z przywołanych zarzutów w ocenie przystępującego w ogóle nie posiada odniesienia w treści uzasadnienia.

Na wstępie przystępujący wskazał na poruszany wyżej aspekt wewnętrznej sprzeczności treści uzasadnienia. Z jednej strony odwołujący wskazał bowiem, że przystępujący nie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego by w innym fragmencie uzasadnienia przyznać, iż do powołania się na zasoby innych podmiotów jednak doszło.

Odnosząc się natomiast do poruszanej przez odwołującego kwestii przedłożenia wraz z piśmie przystępującego z dnia 09.02.2021 oryginału zobowiązania spółki Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (dalej BPBP) to Przystępujący pragnie wskazać, że po analizie otrzymanego wezwania zamawiającego z dnia 08.02.2021 r., w szczególności wskazania przez zamawiającego, że fakt powołania się na zasoby podmiotu trzeciego stwierdził na podstawie formularza nr 6 tj. oświadczenia wstępnego, a nie na podstawie przedłożonego zobowiązania przystępujący zorientował się, że do oferty omyłkowo załączono kopię zobowiązania podmiotu BPBP S.A.

Przystępujący potraktował je również jako zobowiązanie do przedłożenia oryginału dokumentu tym bardziej, że zamawiający wzywał wykonawcę do złożenia szeregu innych dokumentów związanych z podmiotem udostępniającym zasoby. Dodatkowo przystępujący podkreślił, że oryginał ten w niczym nie różnił się od przedłożonej kopii, jest to ten sam dokument, o identycznej treści czego odwołujący nie kwestionował. Dla przystępującego bezsprzeczna pozostaje okoliczność, iż przepisy pzp dają możliwość uzupełnienia dokumentu zobowiązania. Zgodnie bowiem z chociażby z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/obowiazek-wezwaniawykonawcy-w-trybie-art.-26-ust.-3-ustawy-pzp-do-uzupelnienia-dokumentow-potwierdzajacych-brakpodstaw-do-wykluczenia-z-powodu-niespelniania-warunkow,-o-ktorych-mowa-w-art.-24-ust.-1-ustawy-pzp>) możliwość uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów dot. wszystkich oświadczeń lub dokumentów, które zostały wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. §9 w/w roz-

porządzenia dotyczy właśnie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Przystępujący podkreślił że zarówno kopia załączonego do formularza oferty zobowiązania jak i następnie przedłożony oryginał bezspornie potwierdzały istnienie zobowiązania do oddania zasobów przez BPBP S.A. przed dniem złożenia ofert. Treść tego zobowiązania nie została w żaden sposób zakwestionowana przez odwołującego.

Natomiast gdyby nawet uznać, że przystępujący w sposób całkowicie samodzielny dokonał uzupełnienia brakującego dokumentu to w tym aspekcie warto wskazać na wyrok KIO z dnia 31.01.2020 r., sygn. akt: KIO 91/20. Izba wskazała w nim, że podziela pogląd wyrażony wcześniej w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym, przepisy ustawy nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w trybie art. 22a ust. 6 ustawy. Ocenę skutków działań przystępujący należy dokonywać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego (tak np. też wyrok KIO z dnia 17.08.2017 r., KIO 1597/17, wyrok z dnia 31.01.2020 r. sygn. akt KIO 91/20). Mając zatem na uwadze pozostawanie przez przystępującego w przekonaniu, że wezwanie zamawiającego z dnia 08.02.2021 r. należało potraktować jako podstawę do przedłożenia oryginału zobowiązania, uwzględniając okoliczność, iż dokument ten może podlegać uzupełnieniu na podstawie przepisów ustawy, a także mając na uwadze świadomość przystępującego co do obowiązującej zasady „jednokrotności wezwania”, to zachowania przystępującego nie należy oceniać negatywnie. Właśnie takiej prawidłowej oceny dokonał w niniejszym postępowaniu zamawiający uznając skuteczność dokonanej przez przystępującego czynności. Interpretację odwołującego należy zatem w tym zakresie ocenić jako błędną.

Przystępujący zgadza się z odwołującym co do innego fragmentu odwołania, gdyż wszystkie w/w elementy zostały przez przystępującego spełnione. Przystępujący udowodnił bowiem realność udostępnionych zasobów (przedkładając zobowiązania spełniające swą treścią wymagania ustawy), udostępnione zasoby pozwoliły na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (o czym świadczą dokumenty przedłożone w toku oceny ofert jak opinia bankowa oraz wykaz osób), a wobec wskazanych podmiotów nie wystąpiły przesłanki wykluczenia (o czym świadczą pozostałe dokumenty jak oświadczenia własne podmiotów, zaświadczenia z ZUS, US, KRK, wydruki z KRS oraz CEiDG).

Nie sposób zatem zgodzić się z pozostałą argumentacją odwołującego m.in. w zakresie nieskutecznego powołania się przez przystępującego na zasoby podmiotu BPBP S.A. Z treści oferty wynika bowiem bezspornie i niepodważalnie, że przystępujący powołał się na zasoby w/w przedsiębiorstwa w zakresie zdolności finansowej- co wynika zarówno z oświadczeń wstępnych jak i przedłożonego zobowiązania. Sam fakt przedłożenia kopii zobowiązania nie przeczy powyższemu i nie powoduje, że udostępnienie zasobów staje się nieskutecz-

ne co odwołujący stara się nieudolnie wykreować. Dokument zobowiązania pozostaje bowiem dokumentem uzupełnialnym. Ponadto z przedłożonego oryginału wynika jednoznacznie, że oświadczenie o oddaniu do dyspozycji przystępującego zasobów w postaci zdolności finansowej nastąpiło przed terminem złożenia ofert więc na dzień 27.01.2021 r. tj. na dzień składania ofert przystępujący mógł realnie powołać się na zasoby tego podmiotu. Nie jest prawdą, iż omyłkowe przedłożenie kopii zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby pozostaje równoważne z nieskutecznym powołaniem się na jego zasoby.

Przystępujący pragnie również wskazać, że poniżej zacytowany wywód odwołującego pozostaje dla niego całkowicie niezrozumiały, nie wynika również jasno, którego z zarzutów ma dotyczyć.

Przystępujący przedłożył bowiem niebudzące wątpliwości dokumenty świadczące o braku podstaw do wykluczenia jego oraz podmiotów na zasoby, których się powołał. Dokumenty były aktualne na dzień ich złożenia czego odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie podważa, w związku z czym fakt ten należy potraktować jako bezsporny.

Odwołujący zdaje się również podważać okoliczność braku istnienia podstaw do wykluczenia przystępującego oraz spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Powyższe jest o tyle zaskakujące, że tak jak wskazano powyżej odwołujący nie zakwestionował skutecznie przedłożonych przez przystępującego dokumentów świadczących o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a także nie przedłożył dowodów świadczących o okoliczności, iż przystępujący na dzień składania ofert miałby podlegać wykluczeniu. Wszelkie złożone do akt postępowania dokumenty były aktualne oraz swą treścią odpowiadały okolicznościom na jakie je złożono. Przystępujący przedłożył bowiem:

1. Prawidłowy wykaz osób.
2. Prawidłowy wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty w nim wskazane zostały wykonane należycie i terminowo.
3. Polisę OC przystępującego wraz z potwierdzeniami uiszczenia składek.
4. Zaświadczenie z US, ZUS, KRK, oświadczenie własne oraz wydruk z KRS dot. przystępującego.
5. Opinie bankowe dot. BPBP S.A.
6. Zaświadczenie z US, ZUS, KRK, oświadczenie własne oraz wydruk z KRS dot. BPBP S.A.
7. Zaświadczenie z US, ZUS, KRK, oświadczenie własne oraz wydruk z KRS dot. F.H.U. INSIDE ELEKTRYCZNE SYSTEMY INSTALACYJNE MULAWA RAFAŁ.

Nie jest również prawdą jakoby dokumenty finansowe (opinie bankowe) dot. spółki BPBP S.A. nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W opinii bankowej banku Milenium S.A. z dnia 09.02.2021 r. przedłożonej w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10.02.2021 r. poświadczono zostało, że w/w spółka posiada dwa rachunki bankowe i na dzień 8 lutego 2021 r. posiadają one salda spełniające warunek finansowy.

Zgodnie z warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu określonym w punkcie 8.2.b ppkt 1 wykonawcy mieli wykazać posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie 5.000.000,00 zł. Z powyższego wynika zatem niepodważalnie, że przytoczony warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Jednocześnie odwołujący nie wskazał konkretnie z jakich powodów uznaje, że przywołana Opinia bankowa z dnia 09.02.2021 r. nie potwierdza spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący po raz kolejny przytacza zatem argumenty niezgodne ze stanem faktycznym w celu wywołania mylnego wrażenia jakoby zamawiający naruszył przepisy procedury przetargowej wybierając wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy przystępujący udowodnił spełnienie wszystkich stawianych w SIWZ warunków.

Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego jego zdaniem przystępujący nie mógł polegać na zasobach w/w przedsiębiorstw. Powyższe sprawia, że nie sposób merytorycznie odnieść się do oświadczenia odwołującego. Tym bardziej jest ono zastanawiające biorąc pod uwagę posiadanie skutecznych zobowiązań podmiotów Elektrolex sp. z o.o. oraz HGT sp. z o.o., których treści Odwołujący zupełnie nie podważa.

Przystępujący wskazał na treść wezwania zamawiającego z dnia 10 lutego 2021 r. i podniósł, że jeśli wystąpiły okoliczności, w których Przystępujący nie był w stanie przedłożyć aktualnych dokumentów za podmioty HGT sp. z o.o. oraz Elektrolex sp. z o.o. to zobowiązany był on do zastosowania się do powyższego wezwania. Przystępujący nie dokonał zatem samodzielnej zmiany podmiotów udostępniających zasoby, a dokonał tego na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego przewidzianym.

W zakresie zobowiązania podmiotu F.H.U. INSIDE ELEKTRYCZE SYSTEMY INSTALACYJNE M. R. (dalej Inside) przystępujący wskazał, że zgodna z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i przepisami ustawy pozostaje możliwość powoływania się na nowy podmiot udostępniający zasoby w trakcie procedury badania i oceny ofert w przypadku gdy zaistnieją okoliczności wskazane w art. 22a ust 6 ustawy. Należy w tym aspekcie zwrócić uwagę chociażby na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że przepisy ustawy dają wprost możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności (zob. np. wyrok KIO z dnia 19.11.2020 r., KIO 2517/20). Kluczowe mogą być też argumenty przedstawione przez KIO w wyroku z dnia 7.11. 2019 r., sygn. akt: KIO 2153/19, wyrok z dnia 21.11.2017 r., KIO 2336/17. W treści wniesione odwołania odwołujący twierdzi, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu gdyż nie spełniał ich na dzień składania ofert. Powyższe stanowisko odwołującego jest o tyle kuriozalne, że na dzień składania ofert przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i spełnia je niezmiennie do dnia dzisiejszego. Jednocześnie ze względu na chaotyczne prezentowanie przez odwołu-

jącego swojej argumentacji nie sposób stwierdzić z jakiego powodu przystępujący miałby nie spełniać warunków udziału w postępowaniu. Czy to ze względu na załączenie kopii zobowiązania podmiotu BPBP S.A.? Czy to ze względu na zmianę podmiotów udostępniających zasoby tj. firm HGT oraz Elektrolex? Nawet jeśli argumentacja odwołującego miałaby się odnosić do powyższych kwestii to pozostaje ona całkowicie chybiona. Jak zostało już bowiem wskazane powyżej wszelkie dokonane przez przystępującego czynności w niniejszym postępowaniu pozostają skuteczne i zgodne z przepisami prawa, potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu jak i brak istnienia przesłanek do wykluczenia przystępującego. W tym miejscu Przystępujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2116/20. W przypadku jeśli przystępujący ze względu na okoliczności od siebie niezależne (o czym poniżej) nie był w stanie przedstawić zamawiającemu dokumentów dot. HGT oraz Elektrolex aktualnych na dzień ich złożenia nie oznacza to, iż w terminie składania ofert nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu. Jednocześnie przystępujący w celu dochowania należytej staranności pobrał od swoich kontrahentów- w tym podmiotów HGT oraz Elektrolex stosowne oświadczenia wstępne treścią zbieżne z oświadczeniami składanymi zamawiającemu. Różnicą jest dodatkowe oświadczenie o świadomości istnienia obowiązku przedłożenia zaświadczeń i dokumentów aktualnych na dzień wyznaczony przez zamawiającego.

Jako dowody powołał:

1. Oświadczenie HGT sp. z o.o. z dnia 25.01.2021 r.
2. Oświadczenie Elektrolex sp. z o.o. z dnia 25.01.2021 r.

Co do polegania za zasobach BPBP S.A. przystępujący ponownie podkreślił, że fakt omyłkowego przedłożenia wraz z ofertą kopii zobowiązania w/w podmiotu nie stanowi podstawy do uznania, iż powołanie na jego zasoby staje się nieskuteczne. Mając powyższe na uwadze stwierdził, że w niniejszej sprawie nie doszło do przedstawienia jakichkolwiek informacji nieprawdziwych czy też wprowadzających zamawiającego w błąd.

Wbrew twierdzeniom odwołującego przystępujący dochował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Przed złożeniem oferty pozyskał on stosowne zobowiązania ze strony podmiotów trzecich, zweryfikował posiadane przez nich zasoby oraz pozyskał stosowne oświadczenia wstępne przybliżone co do treści z oświadczeniami składanymi przez wykonawców w postępowaniu. Omyłkowe załączenie kopii zobowiązania, a także brak możliwości pozyskania przez kontrahentów zaświadczeń aktualnych na dzień ich złożenia nie świadczy w żadnym wypadku o braku profesjonalizmu przystępującego. Przystępujący wskazał, że HGT oraz Elektrolex oświadczyły, iż nie posiadają zaświadczeń, które są aktualne na dzień, w którym miały być przedłożone i nie są w stanie pozyskać ich do dnia 16.02.2021 r. nie natomiast, iż wystąpiły co do nich przesłanki wykluczenia lub by istniały one w dniu składania ofert. Powyższe spowodowane było zbyt krótkim czasem w jakim zaświadczenia miały być

przedłożone w stosunku do procedur urzędowych jakie są stosowane w związku z panującą epidemią wirusa SARS-CoV-2. Powyższe było zatem niezależne od przystępującego jak i od samych podmiotów. Jednocześnie przystępujący zastosował się terminowo do wszelkich wezwań zamawiającego, przedłożył wszelkie wymagane dowody, które nie są podważane przez odwołującego. Wszelkie czynności podjęte przez przystępującego dokonywane były zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Nie zrozumiałe pozostaje zatem stanowisko odwołującego o rzekomym braku profesjonalizmu przystępującego.

Przystępujący zaznaczył, że orzeczenie powoływane przez odwołującego w zakresie zasad postępowania przetargowego jak i formalizmu jakim powinno się ono charakteryzować nie znajduje w niniejszej sprawie zastosowania. Jest ono oderwane od stanu faktycznego sprawy. Zarówno bowiem przystępujący jak i zamawiający postępowali zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i żadna z czynności nie doprowadziła do chociażby minimalnego ich naruszenia.

Przystępujący dodatkowo odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.12.2020 r., sygn. akt: KIO 3131/20.

Zgłoszenie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia niniejszego przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z załącznikami została przesłana do wiadomości zamawiającego oraz odwołującego.

W dniu 8 marca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie Działając w imieniu zamawiającego wnosząc o:

1. oddalenie odwołania STRABAG sp. z o.o.
2. obciążenie STRABAG sp. z o.o. w całości kosztami postępowania odwoławczego.
3. zasądzenie od STRABAG sp. z o.o. na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w wysokości 3.600 zł.

W ocenie zamawiającego odwołanie odwołującego STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie opiera się w istocie rzeczy na dwóch głównych zarzutach.

#### I . Zarzut pierwszy

Posłużenie się przez wykonawcę Primost Południe sp. z o.o. z Będzina zasobami Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. — w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób naruszający ustawę (ustawa z dnia 29.01.2004 — Prawo zamówień publicznych ) oraz SIWZ.

Warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający określił w pkt. 8.2 lit. b ppkt. 1 SIWZ stanowiąc, że zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 5.000.000,00 zł.

Nie jest też kwestionowane, że w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca mógł się posłużyć zasobami podmiotu trzeciego, co wynika z postanowień pkt. 9.6 SIWZ. Korzystając z tej możliwości Primost Południe sp. z o.o. załączyła do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, w postaci Załącznika nr 11 do SIWZ, gdzie w:

a) pkt. 1 w części dotyczącej sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wskazany podmiot trzeci oświadczył, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 5.000.000,00 zł,

b) w pkt. 2 Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. oświadczyła, że podstawą udostępnienia środków finansowych lub zdolności kredytowej jest umowa cywilnoprawna o przystąpieniu do długu lub poręczeniu, co skutkuje solidarną odpowiedzialnością za zobowiązania wykonawcy przez cały okres realizacji inwestycji poprzez przystąpienie do długu lub poręczenie za zobowiązania finansowe wykonawcy ( forma wedle wyboru zamawiającego).

W pkt. 9.6 SIWZ zamawiający postanowił, że 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, a wzór zobowiązania stanowi Załącznik nr 11 do SIWZ.

Wynika z powyższego, że na etapie składania oferty oprócz załączników nr 5 i 6 do SIWZ ( zgodnie z pkt. 9.3) wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty również, ale tylko jedynie Załącznik nr 11, co też Primost Południe sp. z o.o. uczyniła.

Treść oświadczenia Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w pkt. 1 jest zatem zgodne z wymogiem postawionym przez zamawiającego w pkt. 8.2 lit. b ppkt. 1 siwz.

Powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający pismem z dnia 8.02.2021r. wezwał Primost Południe sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących potencjału podmiotu trzeciego w zakresie zdolności finansowej. Zamawiający zażądał przedłożenia przez wykonawcę dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego jak: sprawozdanie finansowe, informacje z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej lub zdolność kredytową potwierdzające, że podmiot trzeci posiada środki finansowe w kwocie wymaganej przez zamawiającego.

Do odpowiedzi datowanej na dzień 9.02.2021r. Primost Południe sp. z o.o. załączyła opinię bankową datowaną na dzień 9.02.2021r. wydaną przez PKO Bank Polski S.A., w której to opinii Bank w szczególności stwierdził, że Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. na dzień wydania opinii posiada zdolność kredytową do kwoty 10.000.000,00 zł.

Ponadto w opinii tej PKO Bank Polski S.A. oświadczył, że na dzień 27.01.2021r. rachunki bankowe klienta nie były obciążone tytułami egzekucyjnymi.

W końcowej części opinii stwierdza się co następuje:

, Powyższych informacji udzielamy w oparciu o dane zawarte w systemach PKO Banku Polskiego S.A. według stanu na dzień 27.01.2021r. stanowiące tajemnicę bankową w rozumieniu przepisów Prawo bankowe. '

Bezsprzecznie zatem wskazaną opinią bankową PKO Bank Polski S.A. z dnia 9.02.2021r. , ale według stanu na dzień 27.01.2021r., Primost Południe sp. z o.o. wykazała , że podmiot trzeci (Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. ), na którego zasoby w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej się powołuje , spełnia warunek określony w pkt. 8.2 lit. b ppkt. 1 SIWZ.

Niezależnie od tego do odpowiedzi z 9.02.2021r. Primost Południe sp. z o.o. dołączyła kolejny dokument , tj. zaświadczenie wydane przez Bank Millennium S.A. o wysokości salda na rachunku z dnia 9.02.2021r., z którego wynika, że na dzień 8.02.2021r. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. posiada rachunek rozliczeniowy w PLN z dostępnym saldem w kwocie 9.446.429,39 zł .

Jak to wyżej wskazano z SIWZ wynika, że w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego wykonawca załącza do oferty jedynie zobowiązanie podmiotu trzeciego według wzoru określonego w Załączniku nr 11 do SIWZ.

Wynika stąd, że na dzień składania ofert wykonawca posługujący się zasobami podmiotu trzeciego nie miał obowiązku dysponowania dalszymi dokumentami potwierdzającymi, iż realnie podmiot trzeci dysponuje takimi zasobami , a to choćby z uwagi na okoliczność , że w przedmiotowym postępowaniu znalazła zastosowanie odwrócona procedura przetargu nieograniczonego. W wezwaniu z 8.02.2021r.( art. 24 aa ustawy) zamawiający określił Primost Południe sp. z o.o. termin do złożenia wyjaśnień i dokumentów do dnia 10.02.2021r do godz. 13.00. Zaświadczenie o wysokości salda na rachunku wydane przez Bank Millennium S.A. nosi datę 9.02.2021r. i odnosi się do stanu na dzień 8.02.2021r. , a zatem w okresie pomiędzy wezwaniem z 8.02.2021r. , a odpowiedzią Primost Południe sp. z o.o. z 9.02.2021r.

We wskazanych okolicznościach zdaniem zamawiającego należy uznać, że także zaświadczenie o wysokości salda na rachunku z dnia 9.02.2021r. wydane przez Bank Millennium S.A. jest drugim dokumentem , który skutecznie potwierdza, że Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. realnie dysponowało zarówno środkami finansowymi jak i zdolnością kredytową, tak jak to oświadczone w zobowiązaniu z 25.01.2021r. w pkt. 1 .

W obrębie tego zarzutu odwołujący podnosi także okoliczność, że Primost Południe sp. z o.o. do oferty załączyła zobowiązanie Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w formie kserokopii , a nie w oryginale, jak to wymaga SIWZ.

W związku z takim zarzutem należy po pierwsze wskazać, że zgodnie z pkt. 8.2 lit. b ppkt. 1

SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 5.000.000,00 zł, a nie złożenie oryginału dokumentu.

Załączona do oferty kserokopia Załącznika nr 11 jest zgodna z oryginałem tego dokumentu przesłanym później zamawiającemu, co oznacza, iż kserokopia ta potwierdza spełnienie tego wymogu.

Zamawiający wskazał, że w sytuacji o której mowa, a zatem załączenia do oferty kserokopii dokumentu zamiast oryginału, zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy powinien wezwać Primost Południe sp. z o.o. do złożenia oryginału tego dokumentu, czego jednak nie uczynił, albowiem tego braku nie dostrzegł.

Z art. 26 ust. 3 ustawy wynika również, że braki wskazane w tym przepisie są brakami usuwalnymi.

Skoro wezwaniem z dnia 8.02.2021r. Zamawiający wezwał, co prawda na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, Primost Południe sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dokumentów, a Primost Południe sp. z o.o. przygotowując wyjaśnienia wnioskowane dokumenty dostrzegła pomyłkę, to w takiej sytuacji Primost Południe sp. z o.o. prawidłowo i skutecznie tą omyłkę naprawiła załączając oryginał dokumentu w postaci Załącznika nr 11.

Reasumując nieprawidłowość polegająca na tym, że do oferty zostaje dołączona kserokopia zamiast oryginału jest nieprawidłowością usuwalną, a w toku postępowania na wezwanie zamawiającego wykonawca złożył oryginał dokumentu, skutkuje konwalidacją tej nieprawidłowości postępowania.

Ostatecznie zatem zamawiający stoi na stanowisku, że Primost Południe sp. z o.o. skutecznie i zgodnie z ustawą wykazała korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

## II. Zarzut drugi

Niezgodne z ustawą i SIWZ zastąpienie podmiotów trzecich Elektrolex sp. z o.o. oraz HGT sp. z o.o.

Składając ofertę Primost Południe sp. z o.o. powołała się na zasoby podmiotu trzeciego:

a) Elektrolex sp. z o.o. w Raciborzu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych przez udostępnienie osoby na stanowisku kierownik robót energetycznych załączając do oferty Załącznik nr 11 datowany na dzień 25.01.2021r. Ponadto do oferty dołączono oświadczenie podmiotu trzeciego Elektrolex sp. z o.o., iż podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania, w szczególności na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 14 i 13 ustawy (skazanie za przestępstwo) oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 15 ustawy (brak zaległości w opłacaniu podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne),

b) HGT sp. z o.o. w Katowicach w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych przez udostępnienie osoby na stanowisku kierownik robót telekomunikacyjnych załączając do ofer-

ty Załącznik nr 11 datowany na dzień 25.01.2021r. Ponadto do oferty dołączono oświadczenie podmiotu trzeciego HGT sp. z o.o. , iż podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania, w szczególności na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 14 i 13 ustawy ( skazanie za przestępstwo) oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 15 ustawy ( brak zaległości w opłacaniu podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne).

Działając w trybie art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający wezwał Primost Południe sp. z o.o. pismem z 10.02.2021r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania wyznaczając termin do złożenia tych dokumentów do dnia 16.02.2021r. do godz. 10.00.

W związku z takim wezwaniem :

a) Elektrolex sp. z o.o. oświadczeniem z dnia 15.02.2021r. oświadczyła, że nie jest w stanie pozyskać do dnia 16.02.2021r. zaświadczeń z ZUS, US oraz KRK,

b) HGT sp. z o.o. oświadczeniem z dnia 15.02.2021r. oświadczyła, że nie jest w stanie pozyskać do dnia 16.02.2021r. zaświadczeń z ZUS, US oraz KRK.

We wskazanych okolicznościach zaistniała podstawa wykluczenia tych podmiotów z postępowania. W takiej sytuacji zarówno SIWZ ( pkt. 9.6 końcowy akapit ) jak ustawa ( art. 22a ust. 6), przewidują , że zamawiający żąda , aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub,

b) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe.

W konsekwencji w odpowiedzi na wezwanie datowane na dzień 16.02.2021r. Primost Południe sp. z o.o. zastąpiła :

a) dotychczas wnioskowany podmiot trzeci Elektrolex sp. z o.o. innym podmiotem trzecim tj. F.H.U. Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne M. R. w zakresie osoby na stanowisku kierownik robót energetycznych ,

b) dotychczas wnioskowany podmiot HGT sp. z o.o. zasobami własnymi na stanowisku kierownik robót telekomunikacyjnych w osobie Pana A. M. .

Takie postępowanie Primost Południe sp. z o.o. jest zgodne zarówno z SIWZ jak i z ustawą.

W wezwaniu z 10.02.2021r. zamawiający w ostatnim akapicie pkt. 1 wskazał co następuje:

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w niniejszym punkcie ( na którego zdolnościach lub sytuacji polega zamawiający) , nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami , lub

- zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże

zdolności techniczne lub zawodowe, lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o której mowa powyżej.”

Powyższe oznacza, że zamawiający w związku z korzystaniem przez wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich wezwał Primost Południe sp. z o.o. ( pkt. 1 ostatni akapit wezwania z 10.02.2021r.) oraz zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy, do zastąpienia dotychczas wskazanych podmiotów trzecich innym podmiotem lub zasobami własnymi.

W związku z takim wezwaniem Primost Południe sp. z o.o. zastąpiła dotychczas wskazane podmioty trzecie ( Elektrolux sp. z o.o. oraz HGT sp. z o.o. ) innym podmiotem trzecim (F.H.U. Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne M. R. — kierownik robót energetycznych ) oraz zasobami własnymi (kierownik robót telekomunikacyjnych w osobie Pana A. M.).

Także zatem i ten zarzut odwołującego jest niezasadny.

### III. Zarzut trzeci

Dodatkowo odwołujący podnosi zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących podmiotów trzecich .

W tym zakresie zamawiający odwołał się do wywodów w pkt. I i II, z których jednoznacznie wynika, że informacje przedstawiane przez Primost Południe sp. z o.o., a dotyczące podmiotów trzecich, z których zasobów Primost Południe sp. z o.o. zamierzała skorzystać, były zgodne z dokumentami i oświadczeniami tych podmiotów, co wyklucza możliwość postawienia Primost Południe sp. z o.o. zarzutu wprowadzenia w błąd zamawiającego.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, oferty przystępującego, wezwań kierowanych do przystępującego i udzielonych odpowiedzi wraz z załącznikami.

Zamawiający w siwz wskazał:

6.7 Do oferty należy załączyć:

- formularz ofertowy – załącznik nr 4 do SIWZ
- kosztorys ofertowy- opracowany metodą kalkulacji uproszczonej, obejmujący wszystkie pozycje Przedmiaru robót. Kosztorys ofertowy musi obejmować wszystkie roboty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zawarte w Przedmiarze robót stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ
- oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzające, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu– wykaz dokumentów w Cz. 9 SIWZ
- oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu - załącznik nr 5 do SIWZ
- oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu - załącznik nr 6 do SIWZ

- Pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy – jeżeli dotyczy

- zobowiązanie podmiotu, na zasobach którego Wykonawca będzie polegała w trybie art. 22 a ustawy Pzp, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ)– jeżeli dotyczy

6.11 Oferta i załączniki do oferty (oświadczenia i dokumenty) muszą być podpisane przez upoważnionego/ych przedstawiciela/i wykonawcy.

6.11.3 Oświadczenia, o których mowa w Cz.9 niniejszej SIWZ (w pkt 9.1, w pkt 9.2, w pkt 9.3) dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców składane są w oryginale.

Dokumenty inne niż ww. oświadczenia, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. 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, które każdego z nich dotyczą.

6.13 W zakresie nie uregulowanym niniejszą SIWZ mają zastosowanie przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. Z 2016 r. poz.1126).

8. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

8.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

8.2 O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Zamawiający odstępuje od określenia warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie.

b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

1) Zamawiający uzna ten warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 5 000 000,00 zł,

2) Zamawiający uzna ten warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN.

Uwagi:

- Jeżeli załączony dokument będzie potwierdzać wysokość ubezpieczenia od odpowiedzial-

ności cywilnej w walucie innej niż PLN, Wykonawca winien dokonać przeliczenia na PLN wg średniego kursu NBP z dnia, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. W przypadku, gdy w przedstawionym dokumencie wskazane zostaną wartości w walucie innej niż PLN, zamawiający dokona przeliczenia na PLN wg kursu średniego NBP na dzień, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

- Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów nie ponosi winy

- Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w niniejszym punkcie (na którego zdolnościach lub sytuacji polega zamawiający), nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

-zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa powyżej

c) zdolności technicznej lub zawodowej

c.2) Kadra zawodowa:

Wykonawca musi wykazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej wskaże osoby, które muszą mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

Osoba proponowana do pełnienia funkcji:

Kierownik robót telekomunikacyjnych:

- minimalna wymagana liczba osób: 1

- minimalne kwalifikacje

Kwalifikacje:

Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń lub uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów upoważniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie co najmniej sieci i urządzeń telekomunikacyjnych.

Kierownik robót energetycznych:

- minimalna wymagana liczba osób: 1

- minimalne kwalifikacje

Kwalifikacje:

Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - upoważniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie co najmniej sieci i instalacji elektrycznych.

Z udziału w niniejszym postępowaniu wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12-23 ustawy Pzp

8.2 Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu:

W przedmiotowym postępowaniu zastosowana zostanie procedura, o której mowa w art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych.

Etap I – Ocena wstępna, której poddawani są wszyscy Wykonawcy odbędzie się na podstawie informacji zawartych w dokumentach i oświadczeniach wymaganych przez zamawiającego i podanych w SIWZ dołączonych do oferty i stanowić będzie wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnienia warunki udziału w postępowaniu.

Etap II – Ostateczne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonane na podstawie dokumentów to potwierdzających. Ocenie na tym etapie podlegać będzie wyłącznie Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród tych, które nie zostaną odrzucone po analizie dokumentów i oświadczeń. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia.

Dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenia zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia i dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Jeżeli Wykonawca nie złożył Oświadczenia, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania lub złożone Oświadczenie lub inne dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Ocena spełnienia przez Wykonawcę(ów) warunków udziału w tym postępowaniu dokonana

zostanie zgodnie z formułą „spełnia/nie spełnia” w oparciu o oświadczenia i dokumenty (wykaz wymaganych oświadczeń lub dokumentów w Cz.9 SIWZ) złożone przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu oraz zapisy zawarte w ofercie i jej załącznikach. Nie spełnienie przez Wykonawcę chociażby jednego z warunków udziału w postępowaniu spowoduje obligatoryjne wykluczenie Wykonawcy z niniejszego postępowania o zamówienie publiczne zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12). Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

9. Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

9.1. Do oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wynikającym z wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz załącznik nr 6 do SIWZ stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

9.2. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców oświadczenie (załącznik nr 5 do SIWZ oraz załącznik nr 6 do SIWZ) składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

9.3. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 9.1, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ oraz załącznik nr 6 do SIWZ.

9.5. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp tj:

9.5.1 Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp (dot. braku podstaw wykluczenia z postępowania):

- Odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp;
- Informacja z Krajowego Rejestru Karnego, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust.5 pkt 6 ustawy Pzp wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonaw-

ca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

- Zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

- Oświadczenie wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych Dz. U. z 2017 r. poz. 1785, 2141, 2372, 2432, z 2018 r. poz. 650. () - wg. załącznika nr 7 do SIWZ.

9.5.2 Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. (dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu):

- informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert;

- dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu;

- wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z prze-

pisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty (Wzór wykazu stanowi załącznik nr 9 do SIWZ) ;

- wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (Wzór wykazu stanowi załącznik nr 10 do SIWZ) ;

Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

9.6. 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.

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 (wzór zobowiązania stanowi załącznik Nr 11 do SIWZ).

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w niniejszym punkcie (na którego zdolnościach lub sytuacji polega zamawiający), nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wyko-

nawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa powyżej.

Zamawiający dokonywał wyjaśnień treści siwz oraz modyfikacji jej treści, a także sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, ale nie dotyczyły one meritum prowadzonego sporu.

Z oferty przystępującego wynika, że w pkt. 10 oświadczył, że przewiduje powierzenie podwykonawcom realizacji zamówienia. Podwykonawcom zamierza powierzyć wykonanie następujących części zamówienia:

- Kierowanie robotami energetycznymi – Elektrolex sp. z o.o.
- Kierowanie robotami telekomunikacyjnymi – HGT sp. z o.o.
- roboty branży elektrycznej – na tym etapie nie są znane nazwy firm podwykonawców,
- roboty branży telekomunikacyjnej – na tym etapie nie są znane nazwy firm podwykonawców.

W załączniku nr 5 do siwz przystępujący oświadczył, że następujące podmioty, na których zasoby się powołuje w niniejszym postępowaniu to: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego (dalej BPBP) SA z siedzibą w Bielsku – Białej, Elektrolex sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, HGT sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

W załączniku nr 6 przystępujący oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w SIWZ polega na zasobach następujących podmiotów:

- |    |  |
|----|--|
| 1. | BPBP SA z siedzibą w Bielsku-Białej          |
| 2. | Elektrolex sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu |
| 3. | HGT sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach       |

W następującym zakresie :

- |    |   |
|----|---|
| 1. | Sytuacja ekonomiczna lub finansowa SIWZ 8.2.b – posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 5 mln zł  |
| 2. | Zdolność techniczna lub zawodowa siwz 8.2.c2 przez udostępnienie osoby na stanowisko kierownik robót energetycznych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – upoważniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie co najmniej sieci i instalacji elektrycznych |

3. Zdolność techniczna lub zawodowa siwz 8.2.c2 przez udostępnienie osoby na stanowisko kierownik robót telekomunikacyjnych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń lub uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – upoważniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie co najmniej sieci i urządzeń telekomunikacyjnych. Do oferty dołączono zobowiązania do udostępnienia zasobów na druku – załącznik 11 do siwz wystawione przez BPBP SA z siedzibą w Bielsku-Białej na odstawie umowy o przystąpienie do długu lub poręczenie (– okoliczność, że zobowiązanie to zostało złożone w formie kopii, a nie oryginału nie jest sporne pomiędzy stronami, sporna jest możliwość jego samouzupełnienia i skuteczność tego uzupełnienia na gruncie przepisów ustawy), zobowiązanie wystawione przez Elektrex sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, i zobowiązanie HGT sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

W dniu 8 lutego 2021 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał przystępującego do złożenia dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w zakresie sytuacji finansowej takich jak: sprawozdanie finansowe, informacja z banku, lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej lub zdolność kredytową potwierdzające, że podmiot trzeci posiada środki finansowe w kwocie wymaganej przez zamawiającego w siwz, w sposób wykazujący realne korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia – rzeczywisty dostęp do potencjału finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

Przystępujący odpowiedział zamawiającemu w dniu 9 lutego 2021 r. składając:

- oryginał zobowiązania BPBP SA z dnia 25 stycznia 2021r., którego treść, a także rozmieszczenie podpisów są identyczne z kopią załączoną do oferty,
- sprawozdanie finansowe za rok 2019, przy czym przystępujący oświadczył, że nie upłynął jeszcze termin na złożenie sprawozdania za rok 2020 i oświadczył, że ze sprawozdania wynika, że BPBP SA osiągnęła zysk netto 10 602 941,38zł., a przychody ze sprzedaży wynosiły 351 726 931,04 zł., nadto zwiększenie stanu środków pieniężnych na rachunku przepływów pieniężnych za rok obrotowy 01.01.2019 do 31.12.2019r, wykazało wzrost o ponad 58 mln. zł.
- z opinii bankowej banku PKO BP SA z dnia 9 lutego 2021 r. wynika, że BPBP SA jest klientem PKO BP SA i posiada rachunki:
  - bieżący w walucie PLN,
  - pomocniczy w walucie CZK,
  - pracowniczej kasy zapomogowo-pożyczkowej w PLN. Na dzień 27 stycznia rachunki nie były obciążone tytułami egzekucyjnymi.

Firma korzysta z następujących produktów kredytowych:

- limit kredytowy wielocelowy w walucie PLN, w ramach którego korzysta z :
  - kredytu w rachunku bieżącym,
  - gwarancji bankowych w obrocie krajowym
- poza przyznanym limitem firma ma wydane gwarancje krajowe w obrocie krajowym w walucie PLN. Na podstawie dokonanej zgodnie z obowiązującymi w banku przepisami, oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej firmy przeprowadzonej w oparciu o posiadane w banku jej dokumenty finansowe sporządzone na dzień 30 września 2020 r. bank wyraził opinię, że BPBP SA na dzień wydawania opinii posiada zdolność kredytową do kwoty 10 mln zł. Na dzień wydania opinii firma nie posiada zaległych zobowiązań wobec banku, a współpraca układa się w sposób prawidłowy. Bank udzielił informacji w oparciu o dane zawarte w systemach PKO BP SA według stanu na dzień 27 stycznia 2021 r.
- z opinii bankowej Banku Millennium SA wynika, że zaświadczenie zostało wydane w dniu 9 lutego 2021 r. i bank zaświadcza, że BPBP SA jest posiadaczem dwóch rachunków rozliczeniowych w walucie PLN i CZK. Stan dostępnych środków na rachunkach na dzień 8 lutego 2021 r. wynosi (w przypadku występowania zadłużenia na rachunku stan podaje się ze znakiem minus):
  - rozliczeniowy w PLN saldo dostępne 9 446 429, 39zł. w tym saldo rachunku 1 946, 39 zł. oraz 7 500 000zł. z tytułu środków w ramach limitu przyznanego na podstawie umowy o linię wieloproduktową nr 5198/13/M/04
  - rozliczeniowy w CZK 9 315 113, 54 CZK

Zamawiający w dniu 10 lutego 2021 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy wezwał przystępującego do złożenia dokumentów m.in.:

- informacji z banku lub SKOK potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert,
- wykazu osób wraz z informacją o podstawie do dysponowania osobami wg. załącznika nr 10 do siwz
- zamawiający przytoczył postanowienia siwz dotyczące możliwości powoływania się na zasoby innych podmiotów, w tym na możliwość zastąpienia dotychczas wskazanych podmiotów udostępniających zasoby w trybie art. 22a ust. 6 ustawy, który zamawiający przytoczył, jak również przytoczył postanowienia siwz dotyczące wymagań w zakresie warunków udziału, a także wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia.

W dniu 15 lutego 2021 r. przystępujący w zakresie spornym złożył:

Wykaz osób, dokumenty potwierdzające brak podstawy wykluczenia dla BPBP SA oraz opinię bankową PKO BP SA z dnia 9 lutego 2021 i zaświadczenie Banku Millennium SA. W zakresie podmiotów Elektrolex i HGT przystępujący wskazał, że złożyły one w dniu 15 lutego 2021 r. oświadczenia, że nie posiadają aktualnych zaświadczeń z KRK, Urzędu Skarbowego i ZUSu i nie są w stanie ich uzyskać do dnia 16 lutego 2021 r. To spowodowało, że przystępujący nie był w stanie wykazać, że wobec powyższych podmiotów nie zachodzą przesłanki wykluczenia. Powołał się na str. 2 wezwania zamawiającego i pouczenie, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w niniejszym punkcie (na którego zdolnościach lub sytuacji polega zamawiający), nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa powyżej.

Przystępujący zastąpił podmioty Elektrolex i HGT podnosząc, że w zakresie kierownika robót teletechnicznych wskazał na zasoby własne tj. dysponowanie bezpośrednio osobą p. A. M., a w zakresie robót energetycznych przystępujący powołał się na zasoby FHU INSIDE ELEKTRYCZNE SYSTEMY INSTALACYJNE M. R. i przedłożył oryginał zobowiązania, zaświadczenie z KRK dla R. M., zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, zaświadczeni z ZUSu, oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i płat lokalnych, Wydruku z CEIDG, oraz zaktualizowane załączniki 5 i 6. W wykazie osób przystępujący wskazał:

Kierownika Robót Telekomunikacyjnych A. M. jako pracownika wykonawcy na umowę zlecenia i Kierownika Robót Energetycznych – M. P. jako pracownika innego podmiotu.

Z oświadczeń Elektrolex i HGT wynika, że nie są w stanie uzyskać wymaganych zaświadczeń z ZUS, KRK i US do dnia 16 lutego 2021 r., złożył także zobowiązanie FHU INSIDE Elektryczne Systemy Instalacyjne M. R. dotyczące udostępnienia kierownika robót energetycznych, oraz załączył dokumenty z KRK, US, ZUS, oświadczenie na załączniku nr 7 do siwz, informacji o wpisie do CEIDG, a także złożył załącznik nr 5, w którym wskazał, że powołuje się na zasoby BPBP SA z Bielska Białej i FHU Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne R. M., oraz załącznik nr 6 w którym oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w SIWZ polega na zasobach następujących podmiotów:

1. BPBP SA z siedzibą w Bielsku-Białej

2.

FHU Inside Elektryczne Systemy Instalacyjne R. M. z Rzeszowa

W następującym zakresie :

- Sytuacja ekonomiczna lub finansowa SIWZ 8.2.b – posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 5 mln zł
- Zdolność techniczna lub zawodowa siwz 8.2.c2 przez udostępnienie osoby na stanowisko kierownik robót energetycznych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – upoważniające do kierowania robotami budowlanymi w zakresie co najmniej sieci i instalacji elektrycznych.

Z oświadczenia HGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach z dnia 16 marca 2021 r. wynika, że podmiot nawiązując do oświadczenia z dnia 15 lutego 2021 r. wskazał, że brak możliwości pozyskania zaświadczeń z US, ZUS, KRK wyniknął z wydłużonych procedur administracyjnych związanych z panującą pandemią wirusa SARS-CoV-2 oraz brakiem możliwości otrzymania zaświadczeń „od ręki”, jak było to możliwe przed rozpoczęciem pandemii.

Z oświadczenia Elektrolex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu z dnia 16 marca 2021 r. wynika, że podmiot nawiązując do oświadczenia z dnia 15 lutego 2021 r. wskazał, że brak możliwości pozyskania zaświadczeń z US, ZUS, KRK wyniknął z wydłużonych procedur administracyjnych związanych z panującą pandemią wirusa SARS-CoV-2 oraz brakiem możliwości otrzymania zaświadczeń „od ręki”, jak było to możliwe przed rozpoczęciem pandemii.

#### Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę

W ocenie niesporne było pomiędzy stronami to, że przystępujący Primost złożył kopię zobowiązania podmiotu trzeciego BPBP SA do oferty i następnie zastąpił ją oryginałem w dniu 10 lutego 2021 r. Sporna jest natomiast ocena prawna tej sytuacji faktycznej.

Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał w dniu 27 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, że w zakresie zdolności finansowej BPBP SA przedłożył sprawozdanie finansowe wskazujące na wzrost wysokości środków na rachunkach bankowych na dzień 31 grudnia 2019r. o 58 mln. zł., złożył zaświadczenie z banku PKO BP SA, z którego wynika, że na dzień 30 września 2020r. posiadał zdolność kredytową na 10 mln. zł. i że opinia przedstawiana przez bank została sporządzona na podstawie dokumentów bankowych według stanu na dzień 27 stycznia 2021 r., z zaświadczenia banku Millenium SA wynika, że w dacie 8 lutego 2021 r. wykonawca Primost dysponował środkami własnymi w kwocie 1 ,9 mln zł

oraz limitem kredytowym 7, 5 mln. zł. W ocenie Izby te dowody nie mogą być rozpoznawane rozłącznie. Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 lutego 2021 r. wyraźnie nakazał wykonawcy Primost wykazać realność możliwości skorzystania z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby czyli BPBP SA. Izba na podstawie złożonych dowodów ustaliła, że już w dniu 31 grudnia 2019r. BPBP SA posiadał środki pieniężne na rachunkach bankowych zaspokajające warunek udziału w postępowanie w zakresie posiadania środków pieniężnych lub zdolności kredytowej na kwotę 5 mln. zł., wykazał ciągłość istnienia tych środków przedstawiając opinię o zdolności kredytowej w dniu 30 września 2020 r. potwierdzoną przez bank PKO BP SA według stanu dokumentów na dzień 27 stycznia 2021 r. zaświadczeniem z dnia 9 lutego 2021 r. i wykazał dostępność środków zaświadczeniem banku Millenium SA z dnia 9 lutego 2021 r. według stanu na dzień 8 lutego 2021 r. W ocenie Izby te wszystkie dowody wskazały, że oświadczenie wstępne przystępującego Primost o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie BPBP SA odpowiadało rzeczywistemu stanowi faktycznemu. Z żadnego z dowodów nie wynika, aby dostępne BPBP SA środki finansowe, czy to w postaci środków na rachunku bankowym, czy zdolności kredytowej uległy w dacie 27 stycznia 2021 r. takiemu zmniejszeniu, aby nie były w stanie gwarantować dostępności środków dla przystępującego w wysokości co najmniej 5 mln. zł, jak wynika, to z pkt. 1 zobowiązania BPBP SA z dnia 25 stycznia 2021 r. W pkt. 2 tego zobowiązania BPBP SA zobowiązał się do zawarcia z przystępujący Primost umowy cywilnoprawnej o przystąpieniu do długu lub poręczeniu – solidarnej odpowiedzialności za zobowiązanie finansowe wykonawcy przez cały okres realizacji inwestycji – pozostawiając formę umowy do wyboru zamawiającego. W świetle tych okoliczności Izba ustaliła, że przystępujący Primost wykazał spełnianie warunku udziału w zakresie zdolności finansowej oraz realność jego udostępnienia.

Izba ustaliła, że pomiędzy stronami nie sporne jest, że przystępujący Primost korzystał w zakresie potencjału kadrowego kierownika robót energetycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych z zasobów innych podmiotów, co wskazał wprost w ofercie. Nie sporne jest także, że nie był w stanie na dzień 16 lutego 2021 r. przedstawić dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotów udostępniających zasoby: Elektrolex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu i HGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i zastąpił te podmioty odpowiednio potencjałem własnym jak i innym podmiotem udostępniającym zasoby tj. R. M.. Sporna jest natomiast ocena prawna dopuszczalności takiego zastępstwa i sporne jest to, czy wykonawca rozbił to samodzielnie, czy też na wezwanie zamawiającego.

Co do drugiej okoliczności, to w ocenie Izby zamawiający w wezwaniu z dnia 10 lutego 2021 r. dał przystępującemu wyraźną dyspozycję, że w przypadku gdy m. in. zachodzą wobec pomiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonaw-

ca w określonym terminie zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. W ocenie Izby odwołującej w tym zakresie błędnie założył, że zamawiający z mocy art. 22 a ust. 6 ustawy jest obowiązany najpierw stwierdzić brak spełniania warunków udziału lub zaistnienie przesłanek wykluczenia wobec podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje, a następnie wezwać do zastąpienia tego podmiotu w trybie art. 22a ust. 6 ustawy udzielając określonego terminu. W ocenie Izby art. 22 a ust. 6 ustawy nie jest osobną podstawą do wzywania wykonawców, przeciwnie jego dyspozycja wpisuje się w treść art. 26 ust. 3 ustawy, jako żądanie uzupełnienia dokumentów podmiotowych, przy czym przepis ten (art. 22a ust. 6 ustawy) jedynie dyspozycję, w jaki sposób mogą być usunięte wadliwości dotyczące dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia z art. 528 ustawy.

Izba oceniała, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22a ust. 1 i ust. 2 ustawy przez błędne uznanie, że Spółka Primost Południe Sp. z o.o. polegała na zdolnościach podmiotów trzecich w zakresie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności finansowej i ekonomicznej oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 b pkt 2 i 3 ustawy).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 26 ust. 2b zd. 2 ustawy stanowiący o tym, że wykonawca w sytuacji polegania na zasobach innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, został uchylony ustawą z dnia 22.06.2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie 28.07.2016 r. Tą samą nowelą wprowadzono art. 22a ustawy, zgodnie z którym :

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Tym samym z pierwotnego wymogu przedstawiania pisemnego zobowiązania ustawodawca na poziomie ustawowym zrezygnował. Jednocześnie odnotowania wymaga, że w par. 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) tj. z dnia 29 czerwca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282) 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:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;  
4) 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. Wówczas zgodnie z ust. 2 par. 9 cyt., rozporządzenia zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.

Jednocześnie dla rozstrzygnięcia o formie zobowiązania istotne znaczenie ma par. 14 cyt. rozporządzenia, który w pierwotnym brzmieniu w ust. 1 stanowił: „Oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale.” Przepis ten uległ zmianie i został uchylony rozporządzeniem z dnia 16.10.2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1993), które weszło w życie 18.10.2018 r. Co oznacza, że w postępowaniu obowiązywały reguły przedstawiania dokumentów i oświadczeń, w tym zobowiązań podmiotów trzecich wynikające z dalszych ustępów par. 14 cyt. rozporządzenia czyli:

2. Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

2a. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w których, zgodnie z wyborem zamawiającego, nie została dopuszczona możliwość składania dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, dokumenty lub oświadczenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

2b. W przypadkach, o których mowa w art. 10c ust. 1 ustawy, dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, mogą być składane za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1041), osobiście lub za pośrednictwem pośtańca.

3. 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.

4. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, o której mowa w ust. 2, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W przypadkach, o których mowa w ust. 2a i 2b, poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje przez opatrzenie kopii dokumentu lub kopii oświadczenia,

sporządzonych w postaci papierowej, własnoręcznym podpisem.

W ocenie Izby zatem w stanie prawnym obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu dopuszczalne i prawidłowe było złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Niewątpliwie w tym postępowaniu taka kopia nie została złożona, złożono kopię niepoświadczoną, co jednak w ocenie Izby nie powoduje, że można było uznać, że zobowiązania nie istniało. Zamawiający na podstawie tej kopii mógł powziąć informację o tym jaki zakres zasobów jest dostępny wykonawcy, jaki jest sposób korzystania z tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, a także zakres i okres udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Niewątpliwie dokument dowodzący udostępnienia zasobów w stanie prawnym obowiązującym w postępowaniu nie wymagał złożenia wraz z ofertą oryginału, a zamawiający nie mógł stawiać wykonawcom wymagań niezgodnych z ustawą, takie wymagania należało zatem uznać za niezastrzeżone skutecznie. W konsekwencji zamawiający mając dokument w niewłaściwej formie, w ocenie Izby nie mógł tylko na tej podstawie wykluczyć wykonawcy z postępowania, skoro jedynym brakiem dokumentu był brak poświadczenia za zgodność z oryginałem. W tym zakresie mógł skorzystać z par. 15 cyt, rozporządzenia zgodnie z którym zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości lub zastosować art. 26 ust. 3 ustawy. Bezsporne jest to, że zamawiający z tej drogi nie skorzystał, co było nieprawidłowe, ale nie miało wpływu na wynik tego postępowania. Niewątpliwie w postępowaniu przedstawiono zamawiającemu oryginał zobowiązania usuwający wszelkie wątpliwości, co do formy dokumentu i jego prawdziwości. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że przystępujący Primost nie przedstawił dowodu na dysponowanie zasobami, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła także, że z całości zgromadzonego materiału dowodowego tj. sprawozdania finansowego za rok 2019, zaświadczeń bankowych banku PKO BP SA i Banku Millennium wynika, że BPBP SA realnie dysponuje i dysponował środkami finansowymi, które mogą być udostępnione wykonawcy przystępującego w toku realizacji zamówienia i są to środki w ramach posiadanej zdolności kredytowej, które przewyższają wymagania zamawiającego postawione w warunku. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że przystępujący był obowiązany udowodnić zamawiającemu, za pomocą składanych dowodów, że na dzień 27 stycznia 2021 r. BPBP SA dysponował co najmniej 5 mln. w ramach środków pieniężnych lub zdolności kredytowej. W ocenie Izby przystępujący był bowiem zobowiązany wykazać, że oświadczenie przez niego złożone w ofercie było i jest aktualne, co w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy potwierdził w sposób nie budzący wątpliwości. Mając to na

uwadze Izba w zakresie zdolności finansowej uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił, że przystępujący dysponował zasobem innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ust. 1 i 2 ustawy. W odniesieniu do zasobów potencjału kadrowego, istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do tego, czy wykonawca posługujący się potencjałem innego podmiotu powinien wykazać w przypadku potrzeby zmiany podmiotu w toku postępowania, że dysponował zmienianym potencjałem już w dacie składania ofert. Izba w tym zakresie odwołuje się uznaje za własne stanowisko zajęte w opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, której w całości przytaczać nie będzie, a powoła się jedynie na konkluzję z tej opinii płynącą:

„Zatem w sytuacji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający – uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów – winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępnia. W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego.”

Izba zauważa, że dla oceny zaistniałej sytuacji prawnej konieczne jest odniesienie się do pojęcia zobowiązania oferenta – przede wszystkim to ono bowiem musi pozostawać niezmiennie przez cały czas trwania procedury udzielenia zamówienia. Odtwarzając zatem na potrzeby rozumowania prawnego treść tego zobowiązania w ofercie przystępującego brzmiało ono tak:

„Przystępujący nie wykazuje doświadczenia zawodowego potencjału kadrowego za pomocą własnych zasobów, ale korzysta z zasobów innych podmiotów, które mu te zasoby udostępniły.”

W sytuacji gdy wykonawca przystępujący powziął wiadomość, że podmioty, na których zasoby się powołuje nie są w stanie wykazać braku podstaw wykluczenia zdecydował się samodzielnie wykazać jeden z elementów potencjału kadrowego, co w ocenie Izby zawsze wolno wykonawcy zrobić, gdyż jest to korzystne dla zamawiającego, gwarantuje bowiem jedną odpowiedzialność wykonawcy wobec zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do drugiego

elementu potencjału kadrowego nadal wykonawca korzystał z cudzego potencjału, w ten sam sposób, a więc za pomocą udostępnienia mu osoby kierownika robót, tylko innej osoby pochodzącej od innego podmiotu, ale spełniającej te same wymagania, które miała spełniać osoba pierwotnie wskazana. Nie doszło zatem do sytuacji zmiany sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności zamawiający uzyskał większe gwarancje braku rozproszenia odpowiedzialności, bo przystępujący w większym niż zakładał stopniu samodzielnie wykona zamówienia, a w części pozostałej sposób świadczenia zamówienia dla zamawiającego pozostanie niezmienny, nadal będzie to wykonywała osoba udostępniona wykonawcy przystępującemu przez inny podmiot. Tym samym w ocenie Izby:

- po pierwsze taka zmiana jest dopuszczalna prawnie, ustawodawca nie przewidział w art. 22a ust. 6 ustawy konieczności wykazywania przez wykonawców innych przesłanek niż to, że pierwotnie w ofercie powoływał się na zasoby innych podmiotów i że nowy sposób wykonania zamówienia odpowiada dotychczasowemu zakresowi udostępnienia lub jest węższy, bo w szerszym zakresie wykonawca samodzielnie zrealizuje zamówienia.

- po drugie z przepisu art. 22a ust. 6 ustawy nie wynika, że wykonawca ma dowodzić, że dysponował innym podmiotem lub innymi podmiotami w dacie składania ofert, ustawodawca posługuje się pojęciem „zastąpić”, które w ocenie Izby nie może być wykładane wąsko, jako zastąpić wyłącznie już znanym,

- po trzecie ustawodawca nie nałożył na wykonawcę obowiązku dowodzenia przyczyn niespełnienia warunków udziału przez pierwotny zasób, czy brak podstaw wykluczenia, tym samym argumentacja odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

To, że podmioty udostępniające zasoby mogą nie spełniać warunków udziału lub nie wykazać braku podstaw wykluczenia wynika wprost z literalnego brzmienia art. 22a ust. 6 ustawy i ustawodawca przewidział szczególny sposób postępowania w przypadku zaistnienia takiej sytuacji w postępowaniu – zamawiający nie wyklucza wykonawcy, ale przeciwnie wówczas żąda, aby wykonawca zastąpił podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub wykazał samodzielnie wymagania zamawiającego. W ocenie Izby zatem zastąpienie jednego z podmiotów innym podmiotem i drugiego samodzielnie przez wykonawcę przystępującego było zgodne z przepisami ustawy. Oczywiście nie dotyczy to sytuacji, gdy wykonawca oświadczył, że samodzielnie wykona całość zamówienia, wówczas powołanie się na późniejszym etapie postępowania na potencjał podmiotu trzeciego stanowi zmianę zobowiązania oferenta i nie jest dopuszczalne.

Izba ustaliła także, że zamawiający już w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy wskazywał na brzmienie art. 22a ust. 6 ustawy i w ocenie Izby zamawiający nie musiał kierować osobnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 22a ust. 6 ustawy, jeśli wykonawca odczytując wezwanie z dnia 10 lutego 2021 r. przedstawił mu zmieniony wykaz oraz oświadczenia na załącznikach nr 5 i 6 ustawy. W ocenie Izby tej sytuacji nie można ocenić

jako samodzielnej zmiany podmiotów udostępniających zasoby. Izba w tym zakresie nie dostrzegła się naruszenia przez zamawiającego art. 22 a ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Primost Sp. z o.o. pomimo wprowadzenia w błąd zamawiającego przez tego wykonawcę przy przedstawianiu informacji mających istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oświadczeń składanych przez wykonawcę w ofercie, co do dysponowania potencjałem podmiotów trzecich, a tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności finansowej i ekonomicznej, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się. Izba zauważa, że ustawodawca rozgranicza sytuację niespełniania warunków udziału, niewykazania podstaw wykluczenia, od sytuacji fałszywego oświadczenia przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia. Nie jest bowiem tak, że każdy brak spełnienia warunków udziału, czy każde zaistnienie podstaw wykluczenia pociąga za sobą niejako automatycznie złożenie oświadczenia wprowadzającego zamawiającego w błąd. Gdyby tak rozumieć przepisy ustawy w istocie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy byłby przepisem martwym, co więcej zamawiający zostałby pozbawiony możliwości oceny czy warunek został spełniony, czy też nie, czy zaistniały podstawy wykluczenia czy też nie. Nie można także w ocenie Izby zapominać o tym, że często wykonawcy odczytują postanowienia siwz w sposób odmienny od zamawiających i spory na tle interpretacji postanowień siwz czy oceny braku podstaw wykluczenia nie są wydarzeniami odosobnionymi. Czytniacz te uwagi natury formalnej Izba stwierdza, iż nie podziela stanowiska odwołującego, że to, iż wykonawca na etapie badania jego oferty nie był w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotów, na których zasobach polega, oznacza, że wprowadził w błąd zamawiającego, co do tego, że taki brak podstaw nie zachodzi. Przystępujący wskazywał na to, że z podmiotami udostępniającymi zasoby stale współpracuje, przystępujący złożył zamawiającemu oświadczenia podmiotów, że w terminie określonym przez zamawiającego nie są w stanie uzyskać dokumentów żądanych przez zamawiającego. W ocenie Izby z zachowania przystępującego w toku postępowania nie można było w żaden sposób wywnioskować, że od chwili złożenia oferty wiedział lub co najmniej powinien był przypuszczać, że pozyskanie dokumentów okaże się niemożliwe i mimo to twierdził, że podmioty trzecie tymi dokumentami dysponują. Przeciwnie przystępujący w chwili, gdy uzyskał informację o trudnościach z uzyskaniem dokumentów powiadomił o tym zamawiającego i podjął czynności zmierzające do zachowania aktualności oświadczenia wstępnego, co do spełniania warunków udziału i braku podstaw wykluczenia. Uczynił to przez zastąpienie dotychczasowych podmiotów własnym zasobem i innym podmiotem. W

ocenie Izby skorom ustawodawca przewidział taki sposób postępowania, to przystępujący nie musiał wykazywać powodów, dla których nie mógł złożyć dokumentów. Przeciwnie, gdyby zastąpił dokumenty z ZUS, US, KRK oświadczeniami własnymi pierwotnych podmiotów trzecich powołując się na komunikat Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 maja 2020 r. i przedstawioną tam interpretację par. 7 ust. 3 cyt. rozporządzenia w sprawie dokumentów, to wówczas rzeczywiście musiałby wykazać, że zaświadczeń się nie wydaje w związku z pandemią lub ich uzyskanie jest znaczenie utrudnione.

W art. 22a ust. 6 ustawy ustawodawca nie wskazuje, że żądanie zamawiającego możliwe jest tylko w szczególnych okolicznościach, które wykonawca musi wykazać. Przesłanką zastosowania art. 22a ust. 6 ustawy jedyną i wystarczającą jest ustalenie obiektywnie, że za pomocą przedstawionych zasobów innych podmiotów wykonawca nie wykazał spełnienia warunku lub braku podstaw wykluczenia. Tym samym dokonanie takiego zastąpienia w brzmieniu literalnym przepisu było dopuszczalne i nie powodowało, że oświadczenie wstępne odwołującego było nieprawdziwe do momentu zastąpienia go innymi zasobami. Skoro nie ziszczyła się przesłanka przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd, to zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie było możliwe i analiza przesłanek związanych z lekkomyślnością czy niedbalstwem, czy wpływem na decyzje podejmowane przez zamawiającego jest zbędna.

Przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy muszą być spełnione łącznie, tym samym brak jednej z nich wystarczy dla stwierdzenia braku zasadności postawionego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z ary. 22 ust. 1b pkt 2 i 3 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Primost Południe Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten nie spełniał i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie wykazał braku podstaw do wykluczenia

Zarzut należało oddalić. Izba ustaliła, że zobowiązanie BPBP SA zostało złożone w nieprawidłowej formie, tj. brak było poświadczenia za zgodność z oryginałem, jednak ten brak na datę podejmowania decyzji przez zamawiającego został usunięty przez złożenie oryginału, tym samym zasób był dostępny przystępującemu. W ocenie Izby dokumentacja sytuacji finansowej BPBP SA dawała podstawy stwierdzenia realności udostępnienia zasobu potencjału finansowego w wysokości wymaganej przez zamawiającego. Tym samym Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zakresie warunku finansowo-ekonomicznego. Przystępujący w zakresie potencjału kadrowego tj. kierownika robót energetycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych polegał na potencjale podmiotów trzecich. Przedstawił w tym zakresie oświadczeniach tych podmiotów i wskazał ich rolę w

postępowaniu jako podwykonawców. W toku procedury wskazane podmioty nie uzyskały aktualnych zaświadczeń z ZUS, US, KRK, o czym przystępujący niezwłocznie poinformował zamawiającego przedstawiając oświadczenie tych podmiotów i zastępując te podmioty potencjałem R. M. i własnym, co do których nie zachodziły wątpliwości co do spełniania warunku udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, z tego względu Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstawy z art. 24 ust. 1 pkt 12 do wykluczenia przystępującego i dlatego zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

Zarzut oparty był o tezę, że oferta przystępującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Tezę tę Izba uznała za niepotwierdzoną, tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Z tych względów zarzut należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego i nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu kwoty 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

**Przewodniczący:.....**