

Sygn. akt: KIO 284/23

WYROK
z dnia 15 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Monika Szymanowska
Członkowie:	Maksym Smorczewski
	Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2023 r. przez odwołującego Doken System Sp. z o. o. w Siedlcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Ciechanów – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Ciechanowie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy A&K Konstrukcje Sp. z o. o. w Łomi, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 p.z.p.),
 - 1.3. unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego Doken System Sp. z o. o. w Siedlcach,
 - 1.4. powtórzenie badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Miejską Ciechanów – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Ciechanowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Doken System Sp. z o. o. w Siedlcach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miejskiej Ciechanów – Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Ciechanowie na rzecz odwołującego Doken System Sp. z o. o. w Siedlcach kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 15 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 284/23

Zamawiający Gmina Miejska Ciechanów – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Ciechanowie ul. 17 Stycznia 60B, 06-400 Ciechanów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Remont i modernizacja hotelu Olimpijski w Ciechanowie przy ul. 17 Stycznia 60 A", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00458922/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 1 lutego 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Doken System Sp. z o. o. ul. Świętojańska 9/5, 08-110 Siedlce (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na odrzuceniu oferty Doken System Sp. z o.o. z uwagi na nie wniesienie wadium lub wniesienie w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3) pomimo, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, zostało utrzymane nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą a wniosek o zwrot wadium nie został złożony,
2. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego polegające na odrzuceniu oferty Doken System Sp. z o.o., ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy: nie obejmujący okresu związania ofertą, w sytuacji gdy dokonanie wykładni oświadczenia woli zawartego w gwarancji prowadzi do wniosku, że złożone wadium obejmuje okres związania ofertą, zatem zostało wniesione w sposób prawidłowy,
3. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A&K Konstrukcje Sp. z o. o. pomimo niespełnienia przez tę ofertę wymagań i warunków określonych w pkt VIII ust. 2 pkt 1 lit a SWZ, obejmującym wymagania odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia polegającego na realizacji w okresie 5 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie co najmniej jednego świadczenia polegającego na przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub co najmniej dwóch świadczeń obejmujących swoim zakresem przebudowę/rozbudowę/remont budynku mieszkalnego/ Użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde z uwagi na to, że wykonawca powołując się w tym zakresie na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby tj. P. A. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe, zgodnie z brzmieniem art. 118 ust. 2 Pzp może polegać na jego zdolnościach i doświadczeniu, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, gdy tymczasem zgodnie z załącznikiem nr 3b i 3c dołączonym do oferty złożonej przez A&K Konstrukcje z 09.12.2022 r. podmiot ten był zobowiązany do wykonania nieznacznej części zamówienia polegającej na wykonaniu wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia, czego skutkiem jest realizacja pozostałej części zamówienia przez podmiot niedoświadczony A&K Konstrukcje Sp. z o.o.,

4. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A&K Konstrukcje Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez ofertę wymagań i warunków określonych w pkt VIII ust. 2 pkt I lit a SWZ, obejmującym wymagania odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia polegającego na realizacji w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie co najmniej jednego świadczenia polegającego na przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub co najmniej dwóch świadczeń obejmujących swoim zakresem przebudowę/rozbudowę/remont budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde z uwagi na niezgodne z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzenie zakresu prac jaki podmiot udostępniający zasoby tj. P. A. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe wykona, względem zakresu prac jaki został wskazany w ofercie złożonej 09.12.2022 r., gdy tymczasem nieuwzględnienie rozszerzonego zakresu prac prowadzi do braku spełnienia przez wykonawcę (oferenta) warunku doświadczenia określonego w pkt VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę A&K

Konstrukcje Sp. z o. o. Łomia 173a, 06-500 Mława (dalej zwany jako „wykonawca A&K”) oraz jej odrzucenie, a także powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z podanych dokumentów na okoliczności wskazane w odwołaniu.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia, w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2, odwołujący wskazał co następuje. W dniu 27.01.2023 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę A&K, natomiast oferta odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p., została odrzucona.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, gdzie w pkt 6 gwarant określił, że przedmiotowa gwarancja ważna jest od 12 grudnia 2022 r. do 14 stycznia 2023 r. włącznie. Zamawiający określił termin związania ofertą przez okres 30 dni od wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do dnia 10.01.2023 r., wobec czego zamawiający uznał, że wadium wniesione przez odwołującego nie obejmuje zakresu związania ofertą, a w konsekwencji oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący kwestionuje zachowanie zamawiającego. Prawidłowym jest uznanie, że wpisanie daty końcowej na dzień 14.01.2022 r., zamiast na dzień 14.01.2023 r., stanowi oczywistą omyłkę pisarską, którą charakteryzują cechy „oczywistości”, bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień. W szczególności, że należy dokonać celowej wykładni dokumentu gwarancji bankowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady p.z.p. i art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm., dalej jako „k.c.”).

Mając na uwadze brzmienie art. 65 k.c. treść gwarancji ubezpieczeniowej może podlegać wykładni, która winna uwzględniać m.in. okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Istotny jest także zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie tylko dosłowne jej brzmienie. Odwołujący zwrócił się do ubezpieczyciela, celem wydania gwarancji przetargowej zapłaty wadium. Gwarant otrzymał wszelkie dokumenty przetargowe, na podstawie których przygotował dokument gwarancji. Niemniej doszło do ludzkiej omyłki, która przejawiała się wpisaniem zamiast roku 2023, roku 2022. Oczywistym - w świetle zasad doświadczenia życiowego jest, że data końcowa (w tym przypadku obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej) musi być późniejsza, niż początkowa. Uwzględniając fakt, że kwestionowana gwarancja miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu, nie może budzić wątpliwości, że wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę. Termin początkowy oznaczony był na dzień 12 grudnia 2022 r. Absolutnie

niepodważalna kwestią jest oznaczenie terminu zakończenia później, niż terminu początkowego.

W ocenie odwołującego zamawiający winien dokładnie w ten sam sposób dokonać wykładni daty ważności gwarancji, tym bardziej, że z interpretowana data pozostaje w sprzeczności z pozostałymi treściami gwarancji, a w szczególności w sprzeczności z datą początkową. Natomiast odmienna ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania, w świetle których dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierający końcową datę obowiązywania wcześniejszą, niż data początkową pozbawiony byłby sensu (podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie o sygn. akt: KIO 2593/17).

Wykładnia spornej treści gwarancji prowadzi jednoznacznie do wniosku, iż podnoszona wada ma charakter omyłki pisarskiej. Wszystkie pozostałe elementy gwarancji potwierdzają bowiem, iż celem wystawcy gwarancji było udzielenie zabezpieczenia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano w prawidłowy sposób numer oraz przedmiot postępowania, adres zamawiającego, kwotę gwarancji, jak również datę: dzień i miesiąc ważności gwarancji zgodny w wymogami przedmiotowego postępowania, jedynie do omyłki doszło w zakresie wskazania roku.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił się do gwaranta z prośbą o przedstawienie oświadczenia, w którym gwarant zapewnił, że wpisanie daty końcowej 2022, zamiast 2023 było oczywistą omyłką pisarską, rzeczywistą wolą gwaranta było określenie ważności z terminem późniejszym niż data początkowa, a w ostateczności, że taka omyłka nie doprowadziłaby do odmowy wypłaty środków z gwarancji. (dowód: oświadczenia gwaranta z 09.01.2023 r.). Nadto aneksem nr 1 gwarant przedłużył termin ważności gwarancji do 14.02.2023 r., co stanowi o przyznaniu przez gwaranta, że termin ten w pierwotnej gwarancji nie mógł być wyznaczony wstecz, tym samym okoliczność, że istnieje omyłka pisarska bez istotnego znaczenia dla ewentualnej możliwości skutecznego uchylania się gwaranta od wypłaty środków.

Odwołujący dodał, że dokument pierwotnej gwarancji jest ważny i w pełni wykonalny na każde żądanie zamawiającego, a powstałe oczywiste błędy pisarskie nie mogą powodować negatywnych prawnych konsekwencji, gdyż rozumienie treści dokumentu gwarancyjnego powinno być zgodne nie tylko z charakterem dokumentu, ale również z wynikającymi z okoliczności zasadami współpracy gospodarczej i samego sensu wystawienia w/w dokumentu. Oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela. Ponadto trzeba zauważyć, iż wada złożonego zamawiającemu dokumentu gwarancji wywołana została

błędem samego ubezpieczyciela (gwaranta). Uchylenie się od odpowiedzialności mogłoby, zatem narazić ubezpieczyciela na potencjalne roszczenia odszkodowawcze zleceniodawcy.

W zakresie uzasadnienia zarzutów nr 3 i nr 4 argumentowano, jak niżej. Zgodnie z pkt VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ warunkiem do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia było wykazanie, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie co najmniej jedno świadczenie polegające na przebudowie/rozbudowie/remoncie budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub co najmniej dwa świadczenia obejmujące swoim zakresem przebudowę/rozbudowę/remont budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde.

Ze złożonej przez wykonawcę A&K oferty z 09.12.2022 r. - z załączników 3b i 3c wynika, że wykonawca przystępując do postępowania zamierzał korzystać ze zdolności i doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. P. A.Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (dalej zwanego też „PUZ”). PUZ zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy A&K zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych - doświadczenie, przy czym sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów dotyczył: wykonywania powierzonych części zamówienia jako podwykonawca, wykonywania wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia - na czas niezbędny do realizacji zamówienia.(tak zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z 09.12.2022 r., informacja dotycząca podwykonawców z 09.12.2022 r.). Powyższe wskazuje, że zgodnie z ofertą złożoną 09.12.2022 r. PUZ miał brać udział jedynie przy realizacji wewnętrznych prac wykończeniowych, przy czym definicja ta nie została przez wykonawcę bliżej sprecyzowana. Zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 p.z.p. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Według odwołującego powoływanie się na doświadczenie PUZ w zakresie przebudowy/rozbudowy/remontu budynku mieszkalnego lub użytkowego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub dwóch budynków o wartości 700.000,00 zł brutto każdy, a następnie powierzenie PUZ tylko nieznacznego zakresu prac przy realizacji wewnętrznych prac wykończeniowych jest naruszeniem art. 118 ust. 2 p.z.p. Podmiot ten nie będzie bowiem realizował większości prac zamówienia dla których to *de facto* użyczył swojego doświadczenia. W konsekwencji zdecydowaną większość prac będzie musiał zrealizować inny podmiot (najprawdopodobniej wykonawca), który nie ma odpowiedniego doświadczenia.

Powierzenie wykonania większości prac podmiotowi, który nie ma doświadczenia w przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego lub użytkowego do 1.200.000,00 zł lub dwóch budynków o wartości 700.000,00 zł brutto nie spełnia warunku określonego w pkt VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, przez co taka oferta winna podlegać odrzuceniu. Odwołujący także zwracał na to uwagę zamawiającej w piśmie z 14.12.2022 r. Co również istotne, w postępowaniu zostały przedstawione 3 przedmiary: przedmiar obejmujący docieplenie ścian zewnętrznych Hotelu Olimpijskiego, przedmiar na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego i przedmiar robót w zakresie instalacji elektrycznych i niskoprądowych. Biorąc pod uwagę opis prac powierzonych PUZ w ofercie tj. realizacja wewnętrznych prac wykończeniowych, prace te zostały ujęte jedynie w przedmiarze na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego. Ponadto w zdaniem odwołującego to prace, które można przypisać jedynie do punktu 4 tego przedmiaru tj. „wykończenie wnętrz”. Wartość tych prac w przedmiarze nie przekracza 20.000,99 zł. Z porównania wartości oferty złożonej przez wykonawcę A&K (3.949.999,86 zł) z wartością robót jakie miałby wykonać PUZ wynika, że PUZ na wskazanej inwestycji miałby wykonać jedynie niecałe 0,5% robót. Wobec powyższego dochodzi do naruszenia art. 118 ust. 2 p.z.p., a przez to do braku wykazania spełnienia wymogu odpowiedniego doświadczenia, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

Odwołujący dalej argumentował, iż w związku ze zgłoszonymi przez odwołującego w dniu 14.12.2022 r. wątpliwościami co do spełnienia przez wykonawcę A&K warunku odpowiedniego doświadczenia, zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p., pismem z dnia 18.01.2023 r. zwrócił się do tegoż wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przesłał zamawiającemu uzupełnione zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z dnia 23.01.2023 r. - załącznik nr 3b, a także uzupełnioną informację dotyczącą podwykonawców - załącznik nr 3 c. W opinii odwołującego z powyższych dokumentów wynika, że w porównaniu z ofertą złożoną 09.12.2022 r. wykonawca rozszerzył zakres prac, które zamierza powierzyć PUZ. W uzupełnionej wersji przedmiotowych dokumentów wykonawca przewidział, iż PUZ wykona: roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, docieplenie ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz. Zatem zakres robót, który pierwotnie przewidywał wykonanie wewnętrznych prac wykończeniowych rozszerzył się o pozycje, których z pewnością nie można zaliczyć do tej kategorii np. docieplenie ścian zewnętrznych czy wykonanie rozbiórki.

Zgodnie z art. 123 p.z.p. wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności

lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, więc dokonane przez wykonawcę A&K rozszerzenie zakresu prac jakie ma wykonać PUZ, dokonane *de facto* już po złożeniu oferty, jest niezgodne z art. 123 p.z.p., co potwierdza wyrok KIO z 18.03.2022 r., sygn. akt: KIO 510/22. Zakres robót nie może zostać uzupełniony w ramach odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., zatem zamawiający powinien uznać, że wykonawca nie spełnił warunków zamówienia w zakresie doświadczenia, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem zawartym w złożonym stanowisku procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, dodatkowym stanowiskiem procesowym odwołującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, skład orzekający stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym

rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy A&K, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 p.z.p.), unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i dokonania powtórzenie badania i oceny ofert, zgodnie z punktem 1 tenoru sentencji wyroku.

W zakresie zarzutu nr 1 i nr 2 z *petitum* odwołania, na podstawie materiału procesowego, skład rozpoznający spór ustalił, że w pkt 1 rozdziału XVI SWZ pn. wadium, zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców zabezpieczenia ofert wadium w wysokości 15 000,00 zł, zgodnie ze sposobem wniesienia wadium określonym w pkt 2 - 5 tego rozdziału, w pkt 1 rozdziału XVII SWZ pn. termin związania ofertą określono, że wykonawca będzie związany ofertą przez okres 30 dni, tj. do dnia 10 stycznia 2023 r. Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję ubezpieczeniową z dnia 6 grudnia 2022 r., nr RW/GW/45/1328/12671/2022, gdzie gwarant – Korporacja Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. w Warszawie, w pkt 6 oświadczył, iż „6. Niniejsza Gwarancja ważna jest od 12 grudnia 2022 r. do 14 stycznia 2022 r. włącznie i tylko na żądanie zapłaty spełniającej wszystkie wymogi formalne określone w ust. 4 i 5, otrzymane przez Gwaranta w tym terminie, będzie powodowało obowiązek wypłaty z niniejszej Gwarancji.”, co w ocenie zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 266 ust. 1 pkt 14 p.z.p., zgodnie z zawiadomieniem z dnia 5 stycznia 2023 r.

Odwołujący podnosił, że zwrócił się do ubezpieczyciela celem wydania gwarancji zapłaty wadium. Gwarant otrzymał wszelkie dokumenty przetargowe, na podstawie których przygotował dokument gwarancji. Niemniej doszło do ludzkiej omyłki, która przejawiała się wpisaniem zamiast roku 2023, roku 2022, co powoduje, że oczywistym – w świetle zasad doświadczenia życiowego jest, że data końcowa (w tym przypadku obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej) musi być późniejsza, niż początkowa. Uwzględniając fakt, że kwestionowana gwarancja miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu, nie może budzić wątpliwości, że wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę. Termin początkowy oznaczony był na dzień 12 grudnia 2022 r. i absolutnie niepodważalna kwestią jest oznaczenie w wadium terminu zakończenia później (styczeń 2023 r.), niż terminu początkowego.

Izba wskazuje, że gwarancja ubezpieczeniowa odwołującego zawiera błąd, ponieważ wskazano w niej termin ważności od 12 grudnia 2022 r. do 14 stycznia 2022 r., zamiast do 14 stycznia 2023 r. Jednakże nie jest to wada skutkująca jej nieważnością. O ile należy zgodzić się z zamawiającym, że ustawa p.z.p. posiada szczególne – dla oświadczeń woli określonych w reżimie zamówień publicznych – reguły ich wykładni (art. 223 ust. 2 p.z.p.), to w stosunku do gwarancji ubezpieczeniowej, która nie jest oświadczeniem uregulowanym

w tej ustawie, znajdują zastosowanie zasady dokonywania wykładni określone w art. 65 k.c. Zatem dokonując oceny poszczególnych postanowień przedkładanej przez wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej należy mieć na uwadze okoliczności, w których oświadczenie gwaranta zostało złożone, zasady współżycia społecznego, ustalone zwyczaje, a także zamiar stron i cel, jaki taka gwarancja ma spełnić – zabezpieczenie oferty wykonawcy składanej w danym postępowaniu.

W ustalonym stanie rzeczy przyjęcie, że wolą gwaranta faktycznie byłoby zabezpieczenie wadium w terminie od 12 grudnia 2022 r. do 14 stycznia 2022 r. jest sprzeczne z pozostałą treścią przedmiotowego dokumentu (data wystawienia, początkowa data terminu ważności gwarancji, wszystkie elementy wskazujące na identyfikację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z kwotą wadium), a także z założeniem, że racjonalnie działający podmiot, uczestniczący w obrocie profesjonalnym, określił termin gwarancji z datą wcześniejszą, niż data początkowa. Dokonując więc odkodowania oświadczenia woli gwaranta, mając na uwadze wszystkie elementy omawianej gwarancji i okoliczności jej ustanowienia, nie sposób przyjąć innego założenia, niż że doszło do błędu pisarskiego w zakresie oznaczenia roku w dacie końcowego terminu ważności gwarancji. Na marginesie można też dodać, że wadliwe wpisywanie roku (obowiązującego zamiast przyszłego) jest najpopularniejszym błędem, do którego dochodzi na przełomie roku.

Dodatkowo, nie można pominąć złożonego przez odwołującego oświadczenia gwaranta, gdzie potwierdzono, że w gwarancji doszło do oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie terminu ważności wadium, a rzeczywistą wolą podmiotu było ustanowienie gwarancji od dnia 12 grudnia 2022 r. do dnia 14 stycznia 2023 r. włącznie. Omyłka nie doprowadziłaby do odmowy wypłaty środków z gwarancji przed gwaranta (tak pkt 3 - 6 oświadczenia gwaranta z 09.01.2023 r.). Powyższe potwierdza również aneks nr 1 z dnia 11 stycznia 2023 r. do gwarancji zapłaty wadium nr RW/GW/45/1328/12671/2022.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego dokument gwarancji ubezpieczeniowej jest ważny, w pełni wykonalny i płatny na każde żądanie zamawiającego, a omawiany błąd pisarski – dotyczący wadliwego oznaczenia roku w dacie końcowej ważności gwarancji z 6 grudnia 2022 r., nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji prawnych, zatem zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p. (zarzut nr 1) i art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 65 k.c. (zarzut nr 2) zostały uwzględnione.

W przedmiocie zarzutu nr 3 – naruszenia art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 p.z.p. i zarzutu nr 4 – naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 p.z.p., Izba wskazuje co następuje.

Zgodnie z materiałem procesowym w rozdziale VIII pn. warunki udziału w postępowaniu pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ postawiono wykonawcom warunek dotyczący

posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno świadczenie polegające na przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 1 200 000,00 zł brutto lub co najmniej dwa świadczenia obejmujące swoim zakresem przebudowę/rozbudowę/remont budynku mieszkalnego /użytku publicznego o wartości co najmniej 700 000,00 zł brutto każde”.

Izba ustaliła dalej, że wykonawca A&K wraz z ofertą złożył zobowiązanie z dnia 9 grudnia 2022 r. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia przez A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. P. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe w Pułtusku (dalej jako „PUZ”) w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych – doświadczenie (tak wypełniony załącznik nr 3b do SWZ, wymagany na podstawie pkt 3 rozdział XI w zw. z pkt 25 ppk 3 rozdziału XIV SWZ). W zobowiązaniu, w zakresie sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przy wykonywaniu zamówienia, podano: „- wykonywanie powierzonych części zamówienia jako podwykonawca, - wykonywanie wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia - na czas niezbędny do realizacji zamówienia.”. Wykonawca A&K z ofertą złożył również wypełniony załącznik nr 3c do SWZ pn. informacja dotycząca podwykonawców (wymagany zgodnie z pkt 3 rozdział VI w zw. z pkt 25 ppk 4 rozdziału XIV SWZ), gdzie wskazano, że przedsiębiorca PUZ – w ramach części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy – wykona prace wykończeniowe wewnętrzne.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, wykonawca A&K pismem z dnia 23 stycznia 2023 r. przedłożył nowe zobowiązanie PUZ do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zmieniając prace wykończeniowe na roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz; przy sposobie i okresie udostępnienia zasobów do wykonywania zamówienia „- umowa o podwykonawstwo w zakresie wykonania ww. robót budowlanych, których dotyczą udostępnione zasoby, przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia”. (tak wypełniony załącznik nr 3b SWZ z 23.01.2023 r.). Złożono także nową informację dotyczącą podwykonawców, gdzie przedsiębiorcy PUZ, jako podwykonawcy, wykonawca A&K zamierza powierzyć roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz. (tak wypełniony załącznik nr 3c SWZ z 23.01.2023 r.).

Odwołujący podnosił, że w wyniku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca A&K złożył nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego i nową informację o podwykonawcach, gdzie znacząco rozszerzono zakres prac podwykonawcy PUZ, w stosunku do tych wskazanych wraz z ofertą. W uzupełnionej wersji dokumentów podwykonawca miałby realizować roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, docieplenie ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz. Zatem zakres robót, który w ofercie przewidywał wykonanie wewnętrznych prac wykończeniowych, rozszerzył się o pozycje, których z pewnością nie można zaliczyć do tej kategorii np. docieplenie ścian zewnętrznych czy wykonanie rozbiórki. W ocenie odwołującego działanie takie jest sprzeczne z art. 123 p.z.p., ponieważ po złożeniu oferty nie można w ten sposób rozszerzać zakresu robót podmiotu trzeciego/podwykonawcy, a zamawiający powinien uznać, że wykonawca A&K nie spełnił warunku udziału w zakresie doświadczenia i wyeliminować go z postępowania.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że na gruncie rozpoznawanego sporu wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. Informacja ta bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy, zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 p.z.p. podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby winien wykonać te roboty budowlane, co do których udostępniane zdolności są wymagane – tu prace określone w warunku udziału w przetargu z rozdział VII pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ.

Okoliczność, że złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby wraz z informacją o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy PUZ (wypełnione załączniki nr 3b i 3c do SWZ 09.12.2022 r.) nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w robotach budowlanych, nie była sporna. Zamawiający uznał dokumenty dotyczące podwykonawcy PUZ za nieprawidłowe i wezwał wykonawcę A&K do uzupełnienia. Wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów nie zostało zaskarżone.

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca A&K znacząco rozszerzył zakres robót, które miałby wykonywać podwykonawca PUZ w stosunku do tych wskazanych w ofercie. Jak trafnie podnosił odwołujący roboty określone w nowym zobowiązaniu podmiotu trzeciego i informacji o podwykonawcach (wypełnione załączniki nr 3b i 3c do SWZ z 12.01.2023 r.) wskazują na zmianę pierwotnie wskazanych prac wykończeniowych – pkt 4 przedmiaru na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego, wartość 20 000,99 zł przy wartości oferty 3 949 999,86 zł, tj. ok 0,5% wartości robót – na roboty budowlane polegające na: 1) wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych,

2) dociepleniu ścian zewnętrznych, 3) wykonaniu rozbiórki, 4) wykonaniu ścian wewnętrznych, 5) wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, 6) wykończeniu wnętrz, co doprowadziło do istotnej zmiany zakresu robót i nie można mieć wątpliwości, że nowe roboty nie mieszczą się w kategorii prac wykończeniowych.

W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Normę tę należy wyklądać mając także na uwadze art. 122 p.z.p., na gruncie którego: „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający – po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może: 1) wskazać innego podwykonawcę 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku. Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji – w przeciwieństwie do możliwości szerokiego poprawiania, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert.

Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczonych podwykonawcy PUZ, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy A&K, o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 p.z.p. W konsekwencji zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy A&K, jako ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art.

226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 p.z.p.), co powoduje uwzględnienie przez Izbę zarzutów nr 3 i nr 4 z *petitum* odwołania.

Podobnie wskazano także w wyroku Izby z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt: 510/22 „Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli *de facto* w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów. Z art. 123 ustawy Pzp wprost wynika, że wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów. W konsekwencji uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego (wykazu osób) na wezwanie Zamawiającego z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dwoma wymaganymi serwisantami”. (por. też Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. Jaworska, Warszawa 2022, art. 123, Legalis, gdzie wskazano, że „Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może - w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP - powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów”).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wybranie oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania i brak uwzględnienia oferty odwołującego, która została bezprawnie odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....