

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Klecku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gniezno w Gnieźnie

przy udziale wykonawcy D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S. w Gnieźnie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Gniezno w Gnieźnie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z udziału w postępowaniu D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S. w Gnieźnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Gminę Gniezno w Gnieźnie i Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Klecku:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Klecku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Gniezno w Gnieźnie na rzecz Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Klecku kwotę 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą udział zamawiającego w uzasadnionych kosztach postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Gniezno w Gnieźnie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa budynku szkolno-przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 606156-N-2020 w dniu 4 listopada 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Klecku wniósł odwołanie 15 marca 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji przez m. in:
 - a) bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego bez zastrzeżeń uzupełnień i wyjaśnień wykonawcy D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S. w Gnieźnie, dalej również jako „GRINBUD”, w zakresie dokumentów przedkładanych od nowego podmiotu używającego GRINBUD referencji, podczas gdy z dokumentów tych nie wynika, że podmiot ten - firma SOL-FA Budownictwo sp. z o.o., dalej jako: „SOL-FA”, spełnia wymagania i nie podlegał wykluczeniu z przetargu na dzień złożenia przez GRINBUD oferty;
 - b) zaniechanie odrzucenia oferty GRINBUD w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał, że posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie.
2. art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania GRINBUD w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem dokumenty od podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał GRINBUD nie potwierdzały spełnienia wymagań na dzień złożenia oferty, a także zostały podpisane za zgodność z oryginałem przez nieuprawnionego do tego podmiotu;
4. art. 26 ust. 3 ustawy przez ponowne wezwanie w dniu 3 marca 2021 r. GRINBUD do uzupełnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego firmy SOL-FA ;
5. art. 26 ust. 4 ustawy przez wezwanie w dniu 24 lutego 2021 r. GRINBUD do wykazania umocowania dla osoby podpisującej dokumenty ze strony SOL-FA., naruszając tym samym zasadę jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na daną

okoliczność.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty GRINBUD jako najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownej oceny dokumentów złożonych przez GRINBUD i uznanie, że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. wykluczenie GRINBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy oraz odrzucenia jego oferty;
4. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S. w Gnieźnie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępująca wniosła o oddalenie odwołania, natomiast w piśmie z 24 marca 2021 r. wniosła o odrzucenie odwołania, jako dotyczącego czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako "SIWZ", zamawiający ustalił wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z ust. 1 tego rozdziału SIWZ do oferty każdy wykonawca miał dołączyć:

1. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia – zał. Nr 1a do SIWZ;
2. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – zał. Nr 1b do SIWZ.

Informacje zawarte w oświadczeniach mają stanowić potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W rozdziale VI ust. 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca, który powołuje się na zasoby innego podmiotu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełniania – w zakresie, w jakim powołuje się na zasoby innych podmiotów – warunków udziału w postępowaniu składa także oświadczenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, dotyczące tych podmiotów.

W rozdziale X SIWZ zamawiający opisał sposób przygotowania oferty. Pod lit. B w pkt 1 wskazał, że pozostałe dokumenty, inne niż oświadczenia, o których mowa w zdaniu powyżej (dotyczące wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby lub podwykonawcy – przyp. Izby), 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.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 9 lutego 2021 r. (sygn. akt KIO 174/21) uwzględniła odwołanie wniesione przez GRINBUD w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie precyzyjnego wezwania GRINBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń złożonych przez tego wykonawcę oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Klecku oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty GRINBUD i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazała wezwanie GRINBUD do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów na potwierdzenie zdolności technicznej, tj. spełnienia wymogu z Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ.

Zamawiający wykonując ten wyrok pismem z 19 lutego 2021 r. wezwał GRINBUD w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających zdolność techniczną tj. wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ. W odpowiedzi z 23 lutego 2021 r. GRINBUD powołując się na art. 22a ust. 6 Pzp wskazał SOL-FA jako nowy podmiot, na którego zasoby powołał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożył m.in.:

1. zobowiązanie SOL-FA z dnia 23 lutego 2021 r., w którym SOL-FA oddał do dyspozycji GRINBUD swoją wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne oraz oświadczył, że będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia przez cały okres realizacji inwestycji jako podwykonawca części robót budowlanych. Zobowiązanie zostało złożone w oryginale, opatrzone datą 23 lutego 2021 r. i zostało podpisane przez J. S. . Podpis ten był opatrzony pieczęcią imienną ze wskazaniem funkcji Prezes Zarządu oraz pieczęcią firmową SOL-FA;
2. oświadczenia SOL-FA zgodne z załącznikami 1a i 1 b do SIWZ z 23 lutego 2021 r. potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania. Forma i podpis oświadczeń są takie same, jak w pkt 1;
3. referencja z 30 września 2018 r. wystawiona na rzecz SOL-FA przez Fundację International School of Poznań potwierdzone za zgodność z oryginałem przez GRINBUD.

W dniu złożenia oświadczeń w KRS SOL-FA jako Prezes Zarządu SOL-FA ujawniony był Pan S. S. . Do odpowiedzi nie zostały załączone żadne dokumenty, wykazujące umocowanie Pana J. S. do składania oświadczeń w imieniu GRINBUD.

Zamawiający pismem z 24 lutego 2021 r. wezwał GRINBUD w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień. Wskazał, że wątpliwości zamawiającego budzi umocowanie osoby, która podpisała zobowiązanie. W odpowiedzi 24 lutego 2021 r. GRINBUD poinformował o odwołaniu w dniu

15 lutego 2021 r. poprzedniego Prezesa Zarządu SOL-FA S. S. i powołaniu nowego Prezesa Zarządu J. S., który podpisał oświadczenia w imieniu SOL-FA.

Do odpowiedzi GRINBUD załączył m.in.:

- protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników SOL-FA z dnia 15 lutego 2021 r.;
- wniosek z 17 lutego 2021 r. do KRS o zmianę danych wraz z potwierdzeniem nadania.

Pismem z 3 marca 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał GRINBUD w związku ze zmianą podmiotu, na zasoby którego powołał się GRINBUD, o wskazanie:

1. zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tego podmiotu;
2. sposobu wykorzystania zasobu wskazanego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia;
3. zakresu i udziału wskazanego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia;
4. czy wskazany podmiot zrealizuje roboty, których dotyczą wskazane zdolności.

Zamawiający prosił również o wyjaśnienie treści złożonego zobowiązania, w zakresie stwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczyć w realizacji części zamówienia przez cały okres trwania robót budowlanych jako podwykonawca.

W odpowiedzi z 5 marca 2021 r. GRINBUD w pierwszej kolejności wskazał na bezpodstawność wezwania, brak jakichkolwiek wymogów, czy wytycznych we wzorze zobowiązania podmiotu trzeciego stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Podniósł również, że wezwanie zamawiającego jest nieprecyzyjne i nie wskazuje, jaki element zobowiązania budzi wątpliwości. Zadeklarował wyjaśnienie wątpliwości, o ile zostaną precyzyjnie wskazane. GRINBUD wyjaśnił również, że ze złożonego zobowiązania wynika, że:

1. zakres zasobów udostępnionych przez SOL-FA to realizacja robót budowlanych jako podwykonawca;
2. sposobem wykorzystania udostępnionego zasobu jest zlecenie podwykonawstwa;
3. zakresem jest realizacja robót budowlanych, a okres to czas trwania umowy między GRINBUD a zamawiającym.

GRINBUD potwierdził również, że podmiot, na którego zasoby się powołał, zrealizuje roboty, których dotyczą wskazane zdolności, złożył również oświadczenie SOL-FA podpisane przez J. S. Prezesa Zarządu z 5 marca 2021 r. zatytułowane jako „Zobowiązanie podmiotu trzeciego – uzupełnienie”. W oświadczeniu tym wskazano, że w złożonym przez SOL-FA zobowiązaniu do udostępnienia zasobów podmiot ten wprost oświadczył, że:

1. będzie podwykonawcą robót budowlanych;
2. będzie realizować uzgodniony z GRINBUD zakres prac przez cały okres trwania umowy, co oznacza, że będzie wykonywać roboty budowlane oraz świadczyć wszelkie obowiązki wynikające z gwarancji i rękojmi w zakresie wykonanych prac.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 nPzp. Przepis ten stanowi *in initio*, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Orzeczeniem wydanym w sprawie KIO 174/21 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wezwanie GINBUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy badane odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez GRINBUD. Jest to nowa czynność dokonana przez zamawiającego, gdyż pierwotnie za najkorzystniejszą uznana została oferta odwołującego. Wybór oferty GRINBUD nastąpił w wyniku powtórnej oceny ofert uwzględniającej uzupełnione skutkiem wyroku Izby oświadczenia i dokumenty. W konsekwencji odwołanie nie dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby, czyli wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, lecz konsekwencji tej czynności, czyli oceny uzyskanych oświadczeń i dokumentów oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Obie sprawy odwoławcze różnią zatem również istotne okoliczności faktyczne i prawne. Podzielenie stanowiska przystępującego prowadziłoby do stanu, w którym nowa czynność dokonana przez zamawiającego w postępowaniu nie mogłaby być oceniona przez Izbę, a to nie odpowiada ustawie. Dostrzec bowiem należy, że przepisy nPzp rozszerzają dostęp do środków ochrony prawnej w postępowaniach o niższej wartości, w których - podobnie jak w postępowaniach o wartości wyższej, przekraczającej tzw. progi europejskie – *de lege lata* zaskarżeniu podlegają wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego. Tym bardziej zatem należy sprzeciwić się pogładowi prowadzącemu do odrzucenia odwołania wniesionemu wobec wyborowi najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Pojęcie zarzutu odwołania nie posiada definicji legalnej, jednak w orzecznictwie utrwalil się pogląd, że treść zarzutu identyfikowana jest przez okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa. W konsekwencji odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia GRINBUD z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu postawił w istocie cztery zarzuty:

1. dokumenty od podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał GRINBUD nie potwierdzały spełnienia wymagań na dzień złożenia oferty;
2. dokumenty od podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał GRINBUD zostały podpisane za zgodność z oryginałem przez nieuprawniony do tego podmiot;
3. uzupełnienie dokumentów potwierdzających umocowanie składania oświadczeń w imieniu SOL-FA przez J. S. jest niedopuszczalne;
4. wezwanie do uzupełnienia zobowiązania SOL-FA do udostępnienia zasobów jest niedopuszczalne.

Spośród wymienionych zarzutów potwierdzenie znalazły dwa pierwsze.

Tytułem uwag wstępnych należy przypomnieć, że postępowanie o udzielenie zamówienia adresowane jest do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Oznacza to, że od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się należytej staranności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Obejmuje ona znajomość obowiązujących przepisów prawa oraz wynikających z niego konsekwencji (wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: IV CK 100/05, I CK 625/03, III CRN 77/93), a także znajomości i respektowania wymagań zamawiającego zawartych w dokumentach postępowania. Ponadto należy mieć na względzie, że zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia równego traktowania wykonawców, przejrzystości i pisemności nakazują, aby obowiązki wykonawców związane z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego wynikały jasno z przepisów prawa lub dokumentacji postępowania.

W rozdziale VI ust. 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, złożył oświadczenia dotyczące tych podmiotów wskazane w rozdziale VI ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ. W tych postanowieniach zamawiający wymagał złożenia oświadczeń dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia aktualnych na dzień składania ofert. To wymaganie zamawiającego zostało jasno wyrażone i wykonawcy zobowiązani byli do ich przestrzegania.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przystępujący złożył oświadczenia i dokumenty dotyczące SOL-FA – nie wskazanego wcześniej, nowego podmiotu, na którego zasoby postanowił się powołać, opatrzone datą 23 lutego 2021 r. W konsekwencji wymaganie zamawiającego dotyczące aktualności oświadczeń jasno wyartykułowane w SIWZ nie zostało spełnione, gdyż data złożenia wymaganych oświadczeń przypada po upływie terminu składania ofert, a z treści złożonych dokumentów nie

wynika, że GRINBUD dysponował zasobami SOL-FA w terminie składania ofert. W konsekwencji GRINBUD wykazał, że dysponuje zasobami SOL-FA od dnia 23 lutego 2021 r. Na tę datę jest również aktualne oświadczenie SOL-FA, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie uwzględniła poglądu GRINBUD, że w okolicznościach sporu mógł on złożyć dokumenty z datą późniejszą, niż termin składania ofert, zatem data oświadczenia SOL-FA nie ma znaczenia.

Istotnie art. 26 ust. 1 Pzp stanowi o wezwaniu wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia. Nie można jednak pominąć, że te oświadczenia lub dokumenty stanowią potwierdzenie wstępnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które - zgodnie z art. 25a Pzp - jest aktualne na dzień składania ofert. W oświadczeniu takim wskazuje się podmiot, na zasoby którego wykonawca się powołuje. W badanym postępowaniu w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający nie dysponował żadnym oświadczeniem lub dokumentem pochodzącym od GRINBUD, z którego wynikałoby dysponowanie zasobami SOL-FA w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Kwestia zgodności z prawem europejskim art. 22a ust. 6 Pzp w części, w jakiej dopuszcza on powołanie się na zasoby nowego podmiotu trzeciego, budzi wątpliwości w orzecznictwie i piśmiennictwie (vide przykładowo: wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2083/18 oraz powołane tam orzecznictwo TSUE oraz piśmiennictwo, wyrok SO w Olsztynie sygn. akt V Ga 151/19). Tym bardziej zatem profesjonalny wykonawca, który zdecydował się na samodzielny zmianę podmiotu, na którego zasoby się powołuje, a którego nie wskazał składając ofertę, powinien dochować staranności i udowodnić zamawiającemu już przy dokonaniu tej czynności, że zasobami tymi dysponował w dniu składania ofert. Błędy popełnione w związku z uzupełnianiem oświadczeń lub dokumentów z inicjatywy własnej wykonawcy nie mogą być bowiem naprawione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W takim bowiem przypadku doszłoby do naruszenia zasad prowadzenia postępowania przez powtórzenie czynności uzupełnienia, która co do zasady jest czynnością jedнокrotną.

Oświadczenie o współpracy między GRINBUD a SOL-FA istniejącej przed upływem terminu składania ofert złożone na rozprawie jest dowodem spóźnionym. Izba ocenia czynność zamawiającego w postępowaniu według stanu istniejącego w dacie jej dokonania, gdyż to wobec tej czynności, dokonanej na podstawie oświadczeń i dokumentów, którymi dysponował wówczas zamawiający, jest wnoszone odwołanie (*arg. z art. 513 pkt 1 i 2 nPzp*).

W rozdziale X lit. B ust. 1 zamawiający wymagał, aby dokumenty składane w formie kopii były poświadczane za zgodność z oryginałem przez podmiot, którego dane dokumenty dotyczą. Tymczasem referencja wystawiona na rzecz SOL-FA przez Fundację International School of Poznań nie została poświadczona w ten sposób. Na dokumentach złożonych do akt sprawy przez zamawiającego widnieje wyłącznie potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokonane przez GRINBUD. Również w tej mierze dowody złożone na rozprawie należy uznać za spóźnione. Umocowanie do potwierdzania za zgodność z oryginałem oświadczeń i dokumentów pochodzących od GRINBUD powinno być wykazane przy składaniu tych dokumentów.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Izba uznała, że zamawiający wyjaśniając kwestie podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz pozostałych oświadczeń wymaganych od podmiotu udostępniającego swe zasoby nie naruszył ustawy. Nie jest sporne, że Pan J. S. był Prezesem Zarządu SOL-FA w dacie składania oświadczeń w jego imieniu. Odwołujący tego nie kwestionuje, potwierdzają to również dokumenty złożone przez GRINBUD na wezwanie zamawiającego. Przedmiotem sporu jest wyłącznie uprawnienia zamawiającego do badania tej kwestii, w sytuacji, gdy Pan J. S. nie był ujawniony w KRS. Pogląd odwołującego sprowadza się do tezy, że stosowne dokumenty powinny być złożone z inicjatywy własnej przystępującego. Izba nie zgadza się z tą tezą. Obowiązek taki nie wynika ani z przepisów ustawy, ani też z przepisów rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 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). Zamawiający wymagania takiego nie zawarł w SIWZ. W związku z tym oczekiwanie odwołującego należy znać za bezpodstawne.

Nie doszło do uzupełnienia treści oświadczenia, w którym SOL-FA udostępnił przystępującemu swoje zasoby. Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje treści tego zobowiązania, a jedynie fakt wezwania do jego uzupełnienia i odpowiedzi na to wezwanie. Dostrzec trzeba, że zobowiązanie złożone w odpowiedzi na to wezwanie nie różni się w swojej treści od zobowiązania SOL-FA z 23 lutego 2021 r. W świetle przedstawionych wyżej ocen, zamawiający nie był uprawniony do tego, aby wzywać GRINBUD do uzupełnienia zobowiązania złożonego przez SOL-FA. Zamawiający dokonał tego wezwania, jednak w odpowiedzi otrzymał zobowiązanie o takiej samej treści, jak złożone uprzednio. Zatem nawet w przypadku uznania, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, to pozytywna ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonana została w oparciu o informacje, które zostały złożone zamawiającemu w pierwszym zobowiązaniu.

Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania. Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający wybrał ofertę GRINBUD, podczas gdy powinien wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. GRINBUD nie wykazał zamawiającemu, że dysponował zasobami SOL-FA w terminie składania ofert. Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nakazuje wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten obejmuje zatem dwa aspekty: materialny i formalny. Wykonawca musi nie tylko spełniać wymagania zamawiającego w sensie materialnym, ale również musi to zamawiającemu wykazać formalnie, stosownie do wymagań zawartych w przepisach prawa oraz dokumentach postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp orzekła, jak w

pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 nPzp uwzględniając wynikającą z art. 575 nPzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie odwołujący postawił zamawiającemu cztery zarzuty skutkujące wykluczeniem przystępującego z udziału w postępowaniu, z których dwa okazały się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosiły zatem obie strony postępowania: odwołujący i zamawiający w częściach równych. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocników: zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł i odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, łącznie koszty postępowania wyniosły zatem 17.200,00 zł. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 13.600,00 zł, zamawiający natomiast poniósł koszty w wysokości 3.600,00 zł. W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu zwrot na rzecz odwołującego kwoty 5.000,00 zł stanowiącej różnicę między kosztami poniesionymi przez odwołującego, a jego udziałem w kosztach postępowania. Kwota ta łącznie z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego odpowiada udziałowi zamawiającego w kosztach postępowania. Kwotę wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego uwzględnioną w kosztach postępowania odwoławczego ograniczono do 3.600,00 zł stosownie do z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: