

WYROK
z dnia 11 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2021r., w Warszawie w sprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę LK INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

B. w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę ERBUD Operations Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce,
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ciężkowice

przy udziale:

A. wykonawcy R. G., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Remar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1233/21 oraz KIO 1243/21 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy LK INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1243/21 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddała w całości odwołanie o sygn. akt KIO 1233/21,
2. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę R. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Remar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych i nakazuje wezwanie wykonawcy do złożenia prawidłowego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,

3. pozostałym zakresie zarzuty odwołania KIO 1243/21 oddala.
4. Kosztami postępowania w sprawie KIO 1233/21 obciąża Odwołującego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczonych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
5. kosztami postępowania obciąża w 1/10 Zamawiającego i w 9/10 Odwołującego i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1720 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 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.) 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 :

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Ciężkowice, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przyrodniczo-edukacyjnej ścieżki w koronach drzew wraz z edukacyjnym szlakiem nietoperzowym w ramach projektu ziemia - woda - powietrze Małopolskie Centrum Edukacji Ekologicznej w Ciężkowicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 777522-N-2020.

Sygn. akt KIO 1233/21

W dniu 26 kwietnia 2021r. wykonawca – LK INWEST sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „LK” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji — wybór oferty wykonawcy R. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Remar R. G. (dalej: „Remar” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej, mimo że zgodnie ze sformułowanym w SIWZ opisem kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wykonawca ten powinien otrzymać jedynie 96 punktów.

W oparciu o powyższy zarzut Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1 . nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,

2. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,

W zakresie postępowania dowodowego, wnoszę o przeprowadzenie dowodu z:

- opinii biegłego posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjnobudowlanej, ewentualnie:

- przesłuchania świadka M. F. posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz bardzo bogate doświadczenie w wykonywaniu konstrukcji stalowych celem ustalenia, czym jest konstrukcja stalowa budynku lub budowli, jaką spełnia funkcję oraz jakie elementy konstrukcyjne składają się na konstrukcję stalową budynku lub budowli.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w rozdziale 18 SIWZ Zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert wraz z wagami:

- cena brutto (60%),
- okres gwarancji jakości (35%),
- doświadczenie zawodowe kierownika budowy (5%).

Odpowiednie zapisy SIWZ, które dotyczą kryterium doświadczenia zawodowego kierownika budowy brzmią następująco:

W ramach kryterium doświadczenie zawodowe Kierownika budowy/robót można dostać maksymalnie 5 punktów. Oceniane będzie doświadczenie zawodowe kierownika budowy w zakresie realizacji zadań inwestycyjnych obejmujących realizację zadań opisanych poniżej.

Ocena punktowa w kryterium Doświadczenie osób KD

KD Doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego:

na dwóch inwestycjach lub bez wskazanego powyżej doświadczenia otrzymają liczbę punktów KD= 1

- na 3 inwestycjach otrzymają liczbę punktów KD= 2
- na 4 inwestycjach otrzymają liczbę punktów KD=3
- na 5 inwestycjach otrzymają liczbę punktów KD=4
- na 6 lub powyżej inwestycjach otrzymają liczbę punktów KD=5

Uwaga 1.

Dla przeprowadzenia oceny ofert tj. uzyskania określonej liczby punktów w ramach niniejszego kryterium każdy Wykonawca wskaże w formularzu oferty liczbę inwestycji oraz przedłoży z ofertą wykaz wskazujący:

- osobę dedykowaną przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy/robót, posiadającą uprawnienia budowlane opisane powyżej oraz określający,
- roboty budowlane przy których osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika budowy/robót pełniła funkcję kierownika budowy/robót. Wykaz wykonawca winien sporządzić zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 13 do SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że z powyższej treści SIWZ wynika, że punkty w kryterium doświadczenie zawodowe kierownika budowy może otrzymać tylko ten wykonawca, który

zamierza skierować do realizacji zamówienia publicznego w funkcji kierownika budowy osobę, która zebrała określone doświadczenie, przy czym:

- doświadczenie to musi być zebrane w związku z zaangażowaniem tej osoby w realizację inwestycji w charakterze kierownika budowy („...Doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej). Doświadczenia nie zbiera więc osoba, która w ramach realizacji inwestycji pełniła inną funkcję, nawet przewidzianą przez przepisy prawa budowlanego;

- doświadczenie to musi wynikać z kierowania robotami budowlanymi w ramach inwestycji polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie o konstrukcji stalowej. Nie zbiera więc doświadczenia ten kierownik budowy, który kierował robotami związanymi z budową budynku, którego elementy konstrukcyjne nie są wykonane ze stali.

- doświadczenie zawodowe kierownika budowy może wynikać zgodnie z SIWZ wyłącznie z tych inwestycji, w które kierownik budowy był zaangażowany w tym charakterze od momentu rozpoczęcia robót budowlanych aż do ich odbioru przez inwestora. Dlatego doświadczenia w rozumieniu SIWZ nie nabywa ten kierownik budowy, który kierował robotami wyłącznie przez pewien czas trwania inwestycji. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, doświadczenie kierownika budowy w rozumieniu SIWZ musi więc spełniać trzy warunki dotyczące: funkcji sprawowanej w ramach inwestycji, rodzaju konstrukcji budynku lub budowli oraz czasu sprawowania tej funkcji.

Odnosząc się kolejno do dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Przystępującego wskazał, że nie kwestionuje oceny w zakresie 60 punktów przyznanych w kryterium ceny brutto oraz 35 punktów w zakresie okresu gwarancji jakości. Natomiast w jego opinii Zamawiający błędnie ocenił, że Przystępujący powinien otrzymać 5 punktów w ramach doświadczenie zawodowego kierownika budowy. W istocie z treści załącznika nr 13 złożonego wraz z ofertą wynika, że Pan A. G. zebrał doświadczenie określone w SIWZ jedynie w ramach dwóch inwestycji, co winno skutkować przyznaniem mu jedynie jednego punktu. W konsekwencji prawidłowa ocena oferty Przystępującego powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż wykonawca ten powinien otrzymać w sumie 96 punktów.

Uzasadniając powyższe stanowisko, Odwołujący wskazał, że w załączniku do oferty „Wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika budowy skierowanego do realizacji zamówienia” Przystępujący powołał się na 6 inwestycji, w których miał być zaangażowany Pan A. G., z których inwestycje wskazane pod pozycjami numer 1, 4,5 i 6 nie umożliwiły nabycia przez Pana A. G. doświadczenia zgodnego z kryterium określonym w SIWZ.

Odnosząc się do inwestycji wskazanej w pozycji nr 1 „Budowa Centrum Handlowego RAMEX w Nowym Sączu” wskazał, że z załącznika do oferty „Wykaz dodatkowego

doświadczenia... ” wynika w sposób jednoznaczny, że w ramach inwestycji „Budowa Centrum Handlowego RAMEX w Nowym Sączu” Pan A. G. nie sprawował funkcji kierownika budowy przez cały okres realizacji inwestycji, gdyż w pierwszym okresie realizacji był inżynierem budowy. Trudno powiedzieć, na czym polegała ta funkcja, niewątpliwie jednak inżynier budowy nie zalicza się do uczestników procesu budowlanego, a co za tym idzie nie ma prawa dokonywania wpisów w dzienniku budowy i nie ponosi odpowiedzialności określonej przepisami prawa budowlanego. Według Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że zgodnie z intencją Zamawiającego doświadczenie nabywa wyłącznie ten kierownik budowy, który sprawował taką właśnie funkcję przez cały okres realizacji robót, bowiem, pierwszym warunkiem zdobycia przez kierownika budowy doświadczenia zgodnego z kryterium określonym w SIWZ jest zaangażowanie tej osoby w realizację inwestycji w charakterze kierownika budowy („...Doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji w specjalności konstrukcyjno-budowlanej”).

Trzeci warunek dotyczy natomiast czasu sprawowania tej funkcji i sprowadza się do tego, by kierownik budowy wykonywał swoją funkcję na budowie od momentu rozpoczęcia robót budowlanych aż do ich odbioru przez inwestora. Sformułowanie „...przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego” podkreśla prawidłowość takiego rozumienia zapisów SIWZ. Odmienna interpretacja prowadziłaby do wniosku, że do zdobycia doświadczenia wystarczającym jest, by kierownik budowy pełnił swoją funkcję przez jakikolwiek okres, choćby kilkudniowy.

Jest oczywiste, że taka wykładnia SIWZ byłaby nie tylko nietrafna, ale wręcz nierozsądna. Należy mieć na uwadze, iż kierownik budowy jako uczestnik procesu budowlanego (art. 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane) kieruje robotami budowlanymi od momentu ich rozpoczęcia (art 22 pkt 1 ustawy Prawo budowlane) aż do dnia ich zakończenia (art. 22 pkt 8-9 ustawy Prawo budowlane). Każdy etap budowy posiada natomiast własną specyfikę, wiąże się z różnymi niebezpieczeństwami oraz wymaga rozwiązywania różnych problemów. Inne doświadczenia zbiera więc kierownik budowy w czasie robót ziemnych, a inne podczas prac dekarskich. Z tych oczywistych względów o zebraniu przez daną osobę doświadczenia „w pełnieniu funkcji kierownika budowy na inwestycjach” można mówić wyłącznie wówczas, gdy robotami budowlanymi w ramach tych inwestycji od początku do końca ich trwania kierowała ta właśnie osoba. Oceniając tę kwestię, trzeba mieć także na względzie odpowiedzialność kierownika budowy, którą przy okazji zdobywania doświadczenia kierownik ten ponosi. Dlatego też nie sposób twierdzić, że Pana A. G. nabył doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie Centrum Handlowego RAMEX w Nowym Sączu, jeżeli nie ponosił on w pełnym zakresie odpowiedzialności za

roboty budowlane realizowane w ramach tej inwestycji. W tym stanie rzeczy, z uwagi na jednoznaczną treść załącznika do oferty „Wykaz dodatkowego doświadczenia... w którym wykonawca wprost wskazał, że Pan A. G. był kierownikiem budowy Centrum Handlowego RAMEX w Nowym Sączu jedynie przez część procesu budowlanego, inwestycja ta nie doprowadziła do nabycia przez tę osobę dodatkowego doświadczenia w rozumieniu SIWZ.

Odnosząc się do pozycji nr:

4. Budowa Sali Gimnastycznej w Librantowej
5. Budowa Gminnego Centrum Kulturalnego w Sośnicowicach
6. Budowa Ośrodka Rehabilitacyjno-Wychowawczego w Ustroniu

Odwołujący wyjaśnił, że załączniku do oferty „Wykaz dodatkowego doświadczenia...” wykonawca powołał się na trzy ww. inwestycje, którymi kierował Pan A. G., które jednak nie spełniają wymogu określonego w SIWZ, gdyż nie dotyczyły budynków posiadających konstrukcję stalową. Z oświadczenia wykonawcy wynika jednoznacznie że wszystkie te inwestycje nie polegały na budowie budynków lub budowli o konstrukcja stalowej, lecz sprowadzały się do budowy budynków w technologii tradycyjnej. Tymczasem, jak wyjaśniono powyżej, drugim warunkiem zdobycia przez kierownika budowy doświadczenia zgodnego z kryterium określonym w SIWZ jest kierowanie robotami budowlanymi w ramach inwestycji polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcja stalowej. Prawidłowa interpretacja sformułowania SIWZ „budynków lub budowli o konstrukcja stalowej” musi prowadzić do wniosku, że dodatkowe doświadczenie zdobywa wyłącznie ten kierownik budowy, który kierował robotami budowlanymi polegającymi na budowie takiego budynku lub budowli, którego konstrukcja wykonana jest ze stali, a nie z innych materiałów (żelazobeton, bloczki betonowe, cegły, drewno). Trzeba przy tym pamiętać, że czym innym jest konstrukcja budynku, a czym innym elementy konstrukcyjne, które na konstrukcję budynku się składają (np. ściany fundamentowe, ściany nośne, stropy, słupy, podciągi, więźba dachowa itd.). Nie sposób więc twierdzić, że budynek posiada konstrukcję stalową, jeżeli jedynie niektóre elementy konstrukcyjne wykonano ze stali. Ponieważ celem konstrukcji jest odpowiednie przeniesienie obciążeń, o konstrukcji stalowej budynku można mówić wyłącznie wówczas, gdy wszystkie obciążenia budynku lub budowli przenoszone są na fundament przez elementy konstrukcyjne wykonane ze stali.

Taki sposób wykładni SIWZ opiera się nie tylko na językowym jej rozumieniu (SIWZ nie wymaga przecież, by co najmniej część konstrukcji budynku wykonana była ze stali, lecz jednoznacznie mówi o konstrukcji budynku jako całości), lecz znajduje oparcie także w funkcji zapisów SIWZ związanej z charakterem zamówienia publicznego, które polega przecież w głównej mierze na wykonaniu konstrukcji stalowej. W przypadku przedmiotowego

zamówienia żadne obciążenia nie będą przenoszone przez elementy nie stalowe (za wyjątkiem żelbetowych fundamentów lub stóp). Z tej przyczyny należy wnioskować, że zamawiający oczekiwał, by dodatkowe doświadczenie kierownika budowy wiązało się z wykonaniem kompleksowych konstrukcji stalowych. Nie trzeba wyjaśniać, że realizacja takich konstrukcji posiada własną specyfikę przejawiającą się zarówno na etapie projektowania, jak i wykonawstwa (np. prefabrykacja elementów stalowych, sposoby łączenia, zabezpieczenie ogniowe i antykorozyjne). Dlatego też wykonanie konstrukcji stalowych regulowane jest odrębną normą PN-EN 1090-2+A1, która z oczywistych względów nie znajduje zastosowania do elementów konstrukcyjnych wykonywanych z innych materiałów.

Z tych względów fakt, że Pan A. G. sprawował funkcję kierownika na budowach budynków o konstrukcji murowanej, w których zastosowano jedynie pewne elementy konstrukcyjne, nie może prowadzić do nabycia przez niego dodatkowego doświadczenia w rozumieniu SIWZ.

Z jednoznacznego oświadczenia wykonawcy wynika, że w budynkach sali gimnastycznej w Librantowej oraz Gminnego Centrum Kulturalnego w Sośnicowicach jedynie konstrukcja więźby dachowej wykonana jest częściowo ze stali. Więźba dachowa stanowi oczywiście element konstrukcyjny, a więc część konstrukcji budynku. Więźba dachowa może być więc uznana za konstrukcję nośną dachu, lecz nie za konstrukcję budynku. W przypadku obu powyższych inwestycji ciężar stalowej więźby dachowej jest przenoszony na fundament nie przez elementy stalowe lecz przez inne elementy konstrukcyjne (w szczególności ściany nośne), które zostały już wykonane w technologii murowanej.

Powyższa ocena jest również aktualna w przypadku budowy Ośrodka Rehabilitacyjno Wychowawczego w Ustroniu, choć w tym wypadku brak posiadania przez ten budynek konstrukcji stalowej jest jeszcze bardziej oczywisty. Z załącznika do oferty „Wykaz dodatkowego doświadczenia...” nie wynika, by jakiegokolwiek elementy konstrukcyjne tego budynku wykonane były ze stali. Natomiast wyjaśnienia wykonawcy z dnia 8 kwietnia 2021 r. potwierdzają, że budynek posiada konstrukcję murowaną. Jest absolutnie oczywiste, że wykonanie nadproży z kształtowników stalowych oraz zastosowanie elementów stalowych w ramach konstrukcji nośnej stropodachu wykonanej z drewna w żadnym razie nie może przesądzać o tym, że budynek ten ma konstrukcję stalową. W istocie ani konstrukcja budynku ani nawet żaden element konstrukcyjny (np. stropodach) nie została wykonana ze stali.

W świetle powyższej argumentacji Pan A. G., kierując robotami polegającymi na budowie sali gimnastycznej w Librantowej, Gminnego Centrum Kulturalnego w

Sośnicowicach oraz Ośrodka Rehabilitacyjno-Wychowawczego w Ustroniu nie nabył dodatkowego doświadczenia w rozumieniu SIWZ.

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Podkreślił, że konstrukcja budowlana powstaje z powiązania różnych elementów budowli w sposób poprawny pod względem zasad mechaniki budowli i ekonomii. Najważniejsze elementy konstrukcyjne budynku to: fundamenty, ściany nośne, filary (także słupy, kolumny), belkowania, belki i stropy lub sklepienia, więzary lub więźby dachowe. Oprócz konstrukcji podstawowych, w budynkach występują także konstrukcje drugoplanowe, czyli: ściany działowe, schody, posadzki, pokrycie dachów oraz konstrukcje uzupełniające, czyli: drzwi, okna, instalacje (wody, kanalizacji, grzewcze, wentylacji, klimatyzacji; gazu, elektryczne, teletechniczne itp.). W ocenie Przystępującego, kryterium doświadczenia kierownika budowy/robót określone przez Zamawiającego należy jednoznacznie interpretować, że żąda on aby kierownik budowy, który ma otrzymać premie punktową miał doświadczenie we wznoszeniu budynku lub budowli, których elementy konstrukcyjne zostały wykonane ze stali. Zamawiający mógł określić bardziej rygorystyczne kryterium - np. żeby co najmniej dwa elementy konstrukcji zostały wykonane ze stali lub wszystkie elementy konstrukcyjne były wykonane ze stali. Mógł także wskazać, jakie konkretne elementy konstrukcyjne budynku miały być wykonane ze stali - ale powyższego świadomie nie uczynił.

Przystępujący wskazał, że wszystkie budynki przedstawione w doświadczeniu kierownika budowy spełniają kryterium określone w SIWZ wykładanego jak wyżej. Zauważył, że Zamawiający w odniesieniu do ostatniej pozycji wskazanej w doświadczeniu miał wątpliwości jakie elementy konstrukcyjne były wykonane ze stali i zostało to wyjaśnione w toku postępowania.

Przystępujący wyjaśnił również, że nie prawdą jest, że w SIWZ zostało określone, że kierownik budowy musiał sprawować tę funkcję od początku do końca budowy. Zamawiający bowiem w SIWZ wprost określił, że budowa (a nie kierownik) musiała być w pełni zakończona i odebrana przez podmiot dla której była realizowana.

Końcowo Przystępujący wskazał, że w realiach niniejszej sprawy nie może być i nie ma mowy o zaistnieniu przesłanki do pominięcia wskazanego doświadczenia jak i odrzucenia oferty Przystępującego. Oświadczenie Przystępującego wskazane w załączniku nr 13 do oferty dotyczące doświadczenia Pana A. G. jest prawdziwe - co do wszystkich przedstawionych w tym Załączniku treści zgodnie z wymogami wstawianymi przez SIWZ w tym wymogami co do treści wynikającymi ze wzoru tego Załącznika (Załącznik do SIWZ). Przystępujący wskazał wyraźnie, jaki był zakres rzeczowy realizowanych robót na wskazanych inwestycjach w tym z odniesieniem się do tego, w jakim zakresie i jakich

elementów dotyczyły roboty co do konstrukcji stalowej. Zamawiający w tym zakresie miał bowiem pełną wiedzę, jakich prac dot. podane w wykazie inwestycji, co umożliwiło mu dokonanie oceny kryterium doświadczenia (jak kryterium punktowanego). Na inwestycji z pkt 6 w/w wykazu Przystępujący również bardzo konkretnie wskazał, jakie roboty w zakresie konstrukcji stalowej były wykonywane w zakresie wskazanej inwestycji. W ramach powyższych wymagań postawionych przez Zamawiającego, Przystępujący szczegółowo określił tak funkcję, jaką posiadał wskazany kierownik budowy (A. G.) jak też szczegółowy zakres wykonywanych robót w zakresie poszczególnych, wskazanych w wykazie inwestycji uwzględniają wykładnię postawionego kryterium doświadczenia oraz wskazując, jakie roboty dotyczyły konstrukcji stalowych, tak, że Zamawiający miał pełną wiedzę i świadomość co do doświadczenia kierownika budowy i poszczególnych inwestycji, na których to doświadczenie zdobywał wraz z wiedzą, jakie elementy tych inwestycji były wykonywane w konstrukcji stalowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 czerwca 2021r. wniósł o oddalenie odwołania.

Na wstępie Zamawiający zakwestionował możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, ponieważ Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia zdecydowanie niższą kwotę, aniżeli Odwołujący przewidział w swojej ofercie. Odwołujący dokładnie wiedział, jakie kwoty Zamawiający ma na sfinansowanie zamówienia i w jakich granicach może złożyć ofertę, aby ta mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Przekraczając budżet Zamawiającego o przeszło 5.400.000 zł brutto (tj. o blisko 40%), Odwołujący nie może ponieść żadnej szkody, gdyż jego oferta nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe oznacza, że nie może spełnić się przesłanka do złożenia odwołania zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 nPzp, gdyż Odwołujący nie może ponieść szkody, gdyż jego oferta nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Konstrukcja złożonego odwołania, zarzutów i żądań Odwołującego nie prowadzi również do wniosku, ażeby Odwołującemu zależało na unieważnieniu postępowania (co mogłoby prowadzić do uznania, że rzeczywiście zostały spełnione przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazane przez ustawodawcę w przepisie art. 505 ust. 1 nPZP) i możliwości złożenia „nowej” oferty, zgodnej z budżetem Zamawiającego. Stąd też, odwołanie w tym zakresie winno podlegać oddaleniu w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że sposób rozumienia kryterium oceny ofert KD, jest zupełnie nieprawidłowo rozumiany, a wykładnia dokonana przez Odwołującego w tym zakresie wykracza znacząco poza samą treść kryterium oceny ofert. Zamawiający

wyjaśnił, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał, jakoby punkty w ramach tego kryterium oceny ofert mogły zostać przyznane wyłącznie w sytuacji, w której kierownik pełnił swoją funkcję od momentu rozpoczęcia robót budowlanych aż do ich odbioru przez inwestora. Wskazać bowiem należy, że zupełnie naturalną praktyką dotyczącą realizacji inwestycji jest to, że zmieniają się kierownicy budowy czy kierownicy robót. Gdyby Zamawiający chciał punktować doświadczenie w takim zakresie, jak chciałby tego Odwołujący, to by takie okoliczności wskazał w treści SIWZ. Zamawiający nie chciał w tym zakresie jednak ograniczać uczciwej konkurencji – chciał otrzymać oferty od jak największej liczby wykonawców. Właśnie w tym celu, nie doprecyzował jaki ma być okres pełnienia funkcji na budowie. Zamawiający nie mógł zatem na etapie badania i oceny ofert wymagać spełnienia innych elementów, aniżeli te wskazane jednoznacznie w treści SIWZ. Przyjęcie obowiązku kierowania robotami dokonuje się wraz ze zgłoszeniem organowi nadzoru budowlanego kierownika budowy (art. 41 ust. 4a pkt 1 lit. b ustawy Prawo budowlane). Z faktycznym podjęciem pełnienia obowiązków kierownika budowy mamy natomiast do czynienia w momencie przejścia terenu budowy, co jest jednym z podstawowych obowiązków kierownika budowy, zgodnie z art. 22 pkt 1 ustawy Prawo budowlane.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca działający z należytą starannością powinien mieć świadomość, że doświadczenie kierownika budowy wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert KD musi zostać zdobyte od chwili faktycznego objęcia tej funkcji, a nie z chwilą rozpoczęcia realizacji zadania. Należy jednoznacznie przyjąć, że dla nabycia doświadczenia na określonym stanowisku konieczne jest pełnienie przez osobę mającą określone uprawnienia danej funkcji w określonym czasie. Doświadczenie nabywa się zatem przez wykonywanie określonych czynności przypisanych dla danej funkcji, które należy wykazać.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących przyznanych punktów zauważył, że Odwołujący akceptuje i przyznaje, że za realizacje wskazane w pkt 2 i 3 załącznika nr 13 do SIWZ powinny zostać przyznane punkty. Oznacza to, że wykonawcy REMAR, na pewno, przysługuje co najmniej 1 pkt w ramach kryterium KD.

Analizując natomiast treść pkt 1, tj. „Budowa Centrum Handlowego RAMEX w Nowym Sączu” wskazać należy, że:

- 1) p. A. G. pełnił funkcję kierownika budowy w ramach realizacji tej inwestycji;
- 2) realizacja tej inwestycji dotyczyła budowy budynków o konstrukcji stalowej;
- 3) inwestycja została ostatecznie odebrana przez zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1233/21
KIO 1243/21

Nie ulega zatem wątpliwości, że za tę realizację wykonawca REMAR również powinien otrzymać 1 pkt w ramach kryterium KD. Już samo to oznacza, że jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż żaden z innych wykonawców nie otrzymał 97 pkt.

W zakresie pkt 4, 5 i 6 wykazu z załącznika nr 13 do SIWZ wskazać należy, że Odwołujący błędnie zawężył treść tego kryterium. Wskazać bowiem należy, że w kryterium KD mowa jest o „konstrukcji stalowej”. Używana powszechnie definicja konstrukcji budowlanej, to sposób powiązania elementów budowli w sposób poprawny pod względem zasad fizyki i ekonomii. Najważniejsze elementy konstrukcyjne to: fundamenty, ściany nośne, filary (także słupy, kolumny), belkowania, belki i stropy lub sklepienia, więzary lub więźby dachowe. Oprócz konstrukcji podstawowych, w budynkach występują także konstrukcje drugoplanowe, czyli: ściany działowe, schody, posadzki, pokrycie dachów oraz konstrukcje uzupełniające, czyli: drzwi, okna, instalacje (ody, kanalizacji, grzewcze, wentylacji, klimatyzacji, gazu, elektryczne, teletechniczne itp.). Sformułowane przez Zamawiającego kryterium nie odnosiło się do doświadczenia kierownika w kierowaniu robotami przy budowie budynków, budowli w których wszystkie elementy konstrukcji były stalowe. Zamawiający w treści kryterium takiego wymogu ani ograniczenia nie zawarł. Dla potrzeb oceny tego kryterium, zgodnie z oceną Zamawiającego, wystarczającym było, aby jakikolwiek element konstrukcji budynku lub budowli był konstrukcją stalową. Odwołujący wskazał, że „Nie sposób więc twierdzić, że budynek posiada konstrukcję stalową, jeżeli jedynie niektóre elementy konstrukcyjne wykonano ze stali”. Właśnie takie założenie dla tego kryterium oceny ofert Zamawiający od samego początku przyjął i równo traktował wszystkich wykonawców w tym zakresie. Zamawiający zauważył, że gdyby przyjąć argumentację Odwołującego, to oferta Odwołującego otrzymałaby w kryterium KD 0 pkt, gdyż wykaz załączony przez Odwołującego nie wskazuje bowiem na to, jakie elementy konstrukcji wykazanych inwestycji zostały wykonane jako stalowe. A jednak, złożone oświadczenie w tym zakresie zostało przyjęte przez Zamawiającego. Gdyby jednak przyjąć argumentację Odwołującego, to jego oferta nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Sygn. akt KIO 1243/21

W dniu 26 kwietnia 2021r. wykonawca – ERBUD OPERATIONS sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce (dalej: „ERBUD” lub „Odwołujący2”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz zaniechania czynności wykluczenia go z postępowania:

a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania;

b) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Przystępującemu w ramach oceny ofert punktów w kryterium „doświadczenie osoby kierownika budowy” w oparciu o informacje zawarte w wypełnionym przez niego Załączniku nr 13 do SIWZ (wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika budowy) i dokonanie oceny, że wskazane tam informacje spełniają punktowany wymóg pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego;

c) naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo że Przystępujący kwalifikuje się do wykluczenia i nie był uprawniony do otrzymania w ramach oceny ofert punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”;

d) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu;

e) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

f) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Stare PZP poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że wskazany Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia;

2) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz zaniechania czynności odrzucenia jego oferty:

a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7c) Pzp w zw. z art. 83 Pzp – poprzez złożenie oferty wariantowej, która nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ w zakresie technologii wykonania elementów budowli, a w konsekwencji złożenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3) w odniesieniu do czynności przyznania w ramach oceny ofert Przystępującemu 5 pkt w ramach kryterium doświadczenie osoby kierownika budowy:

a) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Remar w ramach oceny ofert punktów w kryterium „doświadczenie osoby kierownika budowy” w oparciu o informacje zawarte w wypełnionym przez Wykonawcę Załączniku nr 13 do SIWZ (wykaz dodatkowego doświadczenia kierownika budowy) i dokonanie oceny, że wskazane tam informacje spełniają punktowany wymóg pełnienia funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej Zamawiającego.

4) w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty LK:

a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LK, mimo że nie wniósł on wadium w sposób prawidłowy;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Remar;
2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
3) wykluczenia Remar i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy;
4) odrzucenia oferty Remar,
5) nieprzyznawanie w ramach oceny ofert Przystępującemu punktów w kryterium „doświadczenie osoby kierownika budowy”;

6) w przypadku nieuwzględnienia wniosku dotyczących wykluczenia Remar R. G. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji lub wniosku o odrzucenie oferty tego Wykonawcy, o wezwanie wykonawcy Remar do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;

7) odrzucenie oferty LK,

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Odwołujący2 powołał się na postanowienia rozdziału 18 pkt 3 SIWZ i wskazał, że Przystępujący oświadczył w pkt 5 formularza oferty, że funkcję kierownika budowy będzie pełniła osoba, która może wykazać się doświadczeniem w pełnieniu tej funkcji przy realizacji 6 inwestycji spełniających powyższe kryteria oceny ofert. Inwestycje te zostały opisane w wypełnionym przez Wykonawcę Załączniku nr 13 do SIWZ. W pozycji nr 6 tego Załącznika Wykonawca powołał się na inwestycję pn. „Budowa Ośrodka Rehabilitacyjno-Wychowawczego w Ustroniu”, mimo iż inwestycja ta nie polegała na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej. Powyższe wynika

wprost z wyjaśnień Przystępującego z 8 kwietnia 2021 r. złożonych przez niego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, gdzie wyjaśnił, że budynek został wzniesiony w technologii „tradycyjnej z elementami konstrukcji stalowej (...)” a nie w konstrukcji stalowej. Zdaniem Odwołującego2,

Przystępujący pomimo wiedzy o faktycznej technologii wykonania ww. inwestycji, celowo, a co najmniej w wyniku lekkomyślności, złożył oświadczenie w formularzu oferty i Załączniku nr 13, z którego wynikało, że wskazana inwestycja spełnia wymogi określone w Rozdziale 18 pkt 3 SIWZ i należy przyznać za nią punkty. Remar objął więc swoim oświadczeniem zawartym w formularzu oferty, inwestycję, co do której miał pełną wiedzę, a co najmniej powinien ją mieć, że nie została wykonana w konstrukcji stalowej, ale w konstrukcji tradycyjnej jedynie z elementami konstrukcji stalowej. Powyższego oświadczenia nie sposób zakwalifikować jako omyłki. Gdyby Zamawiający nie nabrał wątpliwości w zakresie inwestycji nr 6 z Załącznika nr 13 do SIWZ i nie uzyskał wyjaśnień pozwalających na realną ocenę wskazanej inwestycji, to informacje złożone w ofercie, wprowadzały Zamawiającego w błąd i prowadziły do nieuzasadnionego przyznania punktów mających wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego2 Przystępujący zdaje się sam potwierdzać wątpliwości co do inwestycji z pozycji nr 6, wskazując w wyjaśnieniach, że „z daleko idącej ostrożności firma Remar R. G. wskazuje dodatkowo, iż w przypadku nie uznania naszych wyjaśnień informujemy, że w pozycji numer 1 dotyczącej budowy Centrum Handlowego Ramex w Nowym Sączu w tabeli wymienione są dwie budowle stalowe: hala i wiata magazynowa.”. Powyższe oznacza, że Przystępujący, posiadał wątpliwości co do spełniania przez inwestycję z pozycji nr 6 kryterium punktowego, a mimo to co najmniej z lekkomyślności, wskazał ją celem uzyskania za nią punktów. Na marginesie dodać należy, że Zamawiający wymagał w Załączniku nr 13 wskazania „inwestycji”, a nie poszczególnych ich elementów składowych, nie mógł więc przyznać odrębnych punktów za poszczególne budynki/budowle zrealizowane w ramach konkretnej inwestycji. Każda inwestycja powinna być wskazana w odrębnej pozycji.

W powyższych okolicznościach Remar popełnił uchybienie wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Z ostrożności Odwołujący2 podniósł, że postępowanie Remar kwalifikuje się również co najmniej pod lekkomyślność lub niedbalstwo w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przy niedbalstwie co podkreśla orzecznictwo, wykonawca nie musi nawet zdawać sobie sprawy i przewidywać skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wystarczające jest uznanie, że skutek taki wykonawca mógł i powinien był przewidzieć. Odwołujący 2 wskazał, że złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd lub mogło w ten błąd wprowadzić co do oceny oferty w

ramach kryterium punktowego. W konsekwencji złożenie wskazanych nieprawdziwych informacji miało wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty Remar jako najkorzystniejszej, a przynajmniej taki wpływ mieć mogło. Przystępujący w pełni świadomie i celowo przedstawiał inwestycję jako rzekomo spełniającą kryterium punktowe, co sprawia, że w przedmiotowej sprawie dopuścił się uchybień wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a ewentualnie, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa pozwalających mu przypisać uchybienia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W związku z powyższym Odwołujący² stwierdził, że Remar powinien zostać za powyższe wykluczony czego Zamawiający zaniechał.

Odnosząc się do przyznania Remar punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy Odwołujący 2 wskazał, że wykonawca ten nie powinien otrzymać 5 pkt z tytułu doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Na podstawie treści wypełnionego Załącznika nr 13 do SIWZ nie sposób przyznać mu maksymalnej ilości 5 punktów za to kryterium. Remar oświadczył bowiem, że Pan A. G. posiadający uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej posiada wyżej opisane doświadczenie w 6 inwestycjach, które zostały wykazane w Załączniku nr 13. Tymczasem z treści tego załącznika, odnośnie każdej z 6 inwestycji, nie została podana przez Wykonawcę informacja o tym czy inwestycja polegała na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej oraz czy została odebrana ostatecznie przez Zamawiającego. Przystępujący w pierwszej rubryce wskazał nazwę inwestycji/budowy, ale w drugiej, gdzie należało wskazać jej „opis, zakres i wartość robót budowlanych” nie wskazał czy inwestycja polegała na budowie lub przebudowie lub rozbudowie, czy dotyczyła budynków lub budowli oraz czy została odebrana ostatecznie przez zamawiającego. Wykonawca wskazywał jedynie, że w ramach wymienionych inwestycji prowadził „roboty budowlane”, nie informując o rodzaju prowadzonych robót (budowa lub przebudowa lub rozbudowa) oraz nie podając wymaganej informacji o dokonaniu odbioru inwestycji przez zamawiającego. Zamawiający mógł przecież od realizacji odstąpić, jak też mogła ona zostać przerwana. Natomiast pod pojęciem „robót budowlanych” zgodnie z definicją wynikającą z ustawy Prawo budowlane należy zaliczyć także np. remont lub rozbiórkę. Taki sposób opisanie inwestycji przez Przystępującego nie pozwala jednoznacznie ustalić jaka kategoria robót budowlanych była przedmiotem danej inwestycji, jak również czy dotyczyła budynków czy też budowli. Nie można tego wywodzić z nazwy inwestycji, gdyż nazwa nie musi korespondować z faktycznym zakresem realizowanych robót. Remar nie udzielił więc oczekiwanych przez Zamawiającego informacji, które były przez niego oceniane (punktowane) w ramach kryterium oceny ofert. W tej sytuacji żadna z 6

wskazanych inwestycji nie nadaje się do przeprowadzenia takiej oceny, co w konsekwencji oznacza, że Wykonawca nie powinien uzyskać żadnego punktu w kategorii „doświadczenie kierownika budowy”. Mając to na uwadze, suma punktów Wykonawcy powinna wynosić 95 pkt, a jego oferta z taką liczbą punktów nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Za wskazane inwestycje Zamawiający nie mógł przyznać jakichkolwiek punktów, tymczasem przyznał maksymalną liczbę punktów w tej kategorii, czym naruszył ww. przepisy Pzp. Podkreślenia wymaga, że Załącznik nr 13, nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe oznacza, że wykaz inwestycji zawartych w Załączniku nr 13 należy oceniać zero jedynkowo (spełnia/ nie spełnia) zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jeżeli w ramach opisu danej inwestycji nie zostały zawarte informacje podlegające ocenie w ramach kryterium punktowanego, wówczas punkty nie mogą zostać przyznane.

Jednocześnie Odwołujący² wskazał, że z analizy opisów poszczególnych inwestycji z Załącznika nr 13 do SIWZ wynika, że:

a) w ramach inwestycji nr 1 - zostały wykonane roboty budowlane w trzech budynkach: (1) Centrum biurowego i marketu budowlanego w konstrukcji tradycyjnej, (2) Hali magazynowej konstrukcja stalowa z wypełnieniem ścian płytami warstwowymi, (3) Wiata magazynowa stalowa. Tymczasem zgodnie z opisem kryterium oceny ofert w ramach „doświadczenia osoby” należało wykazać pełnienie funkcji kierownika budowy na inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej. W przypadku inwestycji z pozycji nr 1 nie dotyczyła ona budynków lub budowli o konstrukcji stalowej, gdyż większość zakresu tej inwestycji dotyczyła obiektu wykonanego w technologii „tradycyjnej”.

b) w ramach inwestycji nr 4 - Remar w ogóle nie wskazał, czy konstrukcja realizowanego obiektu była stalowa, a jedynie wskazuje, że z blachownic stalowych wykonana została jedynie „konstrukcja więźby dachowej”. Taka inwestycja nie spełnia punktowanego kryterium polegającego na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej.

c) w ramach inwestycji nr 5 - Remar w ogóle nie wskazał, czy konstrukcja realizowanego obiektu była stalowa, a jedynie wskazuje, że z dwuteowników stalowych wykonana została jedynie „konstrukcja więźby dachowej”. Tak inwestycja nie spełnia punktowanego kryterium polegającego na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej.

d) w ramach inwestycji nr 6 - Remar nie wskazał, czy konstrukcja realizowanego obiektu była stalowa. Taka inwestycja nie spełnia natomiast punktowanego kryterium

polegającego na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej. Dodatkowo, odnośnie wskazanej pozycji nr 6, Zamawiający wezwał Wykonawcę pismem z dnia 7.04.2021 r. do wyjaśnienia treści oferty wskazując na „brak informacji czy wskazana inwestycja/budowa polegała na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej”. W wyjaśnieniach z dnia 8.04.2021 r. Wykonawca oświadczył, że inwestycja nr 6 Załącznika nr 13 do SIWZ „wzniesiona została w technologii tradycyjnej z elementami konstrukcji stalowej w postaci nadproży okiennych i drzwiowych z kształtowników stalowych oraz stalowych elementów konstrukcji nośnej stropodachu (płatwie i dźwigary)”.

Mimo takich wyjaśnień Zamawiający przyznał w tym kryterium Wykonawcy maksymalną ilość 5 punktów co oznacza, że przyznał punkty również za inwestycję z pozycji nr 6. Tymczasem Remar oświadczył wprost, że wykonał obiekt konstrukcji „tradycyjnej”, a nie stalowej. Co więcej, w każdym obiekcie konstrukcji tradycyjnej znajdują się elementy stalowe jak nadproża okien i drzwi, co nie może stanowić o tym, że cały obiekt jest zrealizowany w takiej konstrukcji. Odnośnie inwestycji wskazanej w pkt 6, po otrzymaniu ww. wyjaśnień, Zamawiający nie powinien przyznawać punktów. Przyznanie punktów Przystępującemu stanowiło bowiem nierówne traktowanie wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w sposób prawidłowy i jednoznacznie wypełnili Załącznik nr 13. Zamawiający tym samym nie zapewnił uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania przez Remar warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o uzyskanie zamówienia mogą ubiegać się podmioty posiadające doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej jedną robotę budowlaną związaną z budową lub przebudową lub rozbudową budynków lub budowli o konstrukcji stalowej o wartości robót co najmniej 500 000,00 zł brutto.

- co najmniej jedną robotę budowlaną związaną z budową lub przebudową lub rozbudową budynków z instalacjami wewnętrznymi wody, kanalizacji i elektrycznymi o wartości robót co najmniej 200 000,00 zł brutto.

W załączniku nr 7 do SIWZ – wykaz robót – Remar wykazał inwestycje na spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu, jednak przy żadnej ze wskazanych inwestycji

Przystępujący nie wskazał, czy w ramach tych inwestycji wykonał instalacje wewnętrzne wody, kanalizacji i elektryczne. Ze złożonego oświadczenia w ramach Załącznika nr 8 nie wynika więc wykazanie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Dołączone do oferty referencje/poświadczenia wskazują natomiast, zgodnie z informacją widniejącą w treści Załącznika nr 8, że „wyżej wymienione roboty budowlane zostały wykonane należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (referencje itp.)”. Złożone referencje nie służą więc wykazaniu zakresu wykonanych robót, ale wykazaniu ich należytego wykonania. Zakres wykonanych robót zgodny z warunkiem postępowania powinien zostać wykazany przez Remar w wykazie robót stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ, czego Przystępujący nie uczynił. Zamawiający nakazał bowiem w rubryce pierwszej tabeli znajdującej się w Załączniku nr 8 podanie „Rodzaju robót (z uwzględnieniem wykazania realizacji określonego w SIWZ zakresu prac)”. Wykonawca nie wskazał takiego zakresu prac odnośnie spełnienia warunku robót instalacyjnych. Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braku i pomimo niewykazania ww. warunku udziału w postępowaniu, dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Powyższe stanowi naruszenie art. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a także art. 26 ust. 3 Pzp.

Kolejno Odwołujący² zauważył, że Przystępujący w dniu 19 kwietnia 2021 r. złożył w trybie art. 24aa Pzp na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2021 r. m.in.:

- Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach z dnia 25 lutego 2021 r.

- Zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 10 grudnia 2020 r.

Z treści obu zaświadczeń wynika, że zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do wystawiania takich zaświadczeń. Tymczasem Remar złożył ofertę wraz z załącznikami oraz wskazane dokumenty na wezwanie w formie pisemnej (papierowej), drukując wskazane zaświadczenia i poświadczając je za zgodność z oryginałem. Podkreślenia wymaga, że wydruk dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie jest dokumentem. Wykonawca złożył jedynie wydruk poświadczony za zgodność z oryginałem, a nie dokument. W takiej sytuacji Remar powinien w odpowiedzi na wezwanie przedłożyć nośnik z zapisanym dokumentem w formie elektronicznej. Skoro Zamawiający zaniechał wezwania Remar do uzupełnienia wskazanego braku to wykonawca ten nie wykazał więc, że nie podlega wykluczeniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności oferty wariantowej Remar z minimalnymi wymaganiami określonymi w SIWZ Odwołujący² wyjaśnił, że Remar w Załączniku nr 15 do

SIWZ – Opis wykonania zamówienia publicznego w zakresie konstrukcji pomostu ścieżki w sposób odmienny (wariantowy) niż określony w załączonym do SIWZ projekcie – oświadczył, że wykona projekt optymalizacji konstrukcji stalowej w sposób zawężony tj. wg normy EN 1932 (słupy nośne oraz konstrukcja ścieżki). Tymczasem wskazana norma dotyczy Zastłon zewnętrznych i żaluzji – odporność na obciążenie wiatrem i na jej podstawie nie jest w stanie wykonać przedmiotowej oferty wariantowej. Remar oświadczył więc, że dokona optymalizacji konstrukcji bez uwzględnienia norm obowiązujących w tym zakresie co pozostaje w sprzeczności z obowiązkiem określenia minimalnych wymogów oferty wariantowej, o którym mowa w Rozdziale 15 ust. 9 pkt 4 lit. a) SIWZ zgodnie z którym „W treści załącznika nr 15 do SIWZ Wykonawca musi wykazać, że oferta wariantowa spełnia wymogi minimalne postawione przez Zamawiającego tj.: a) obciążenia pomostu wariantowej konstrukcji ścieżki winny być przyjęte zgodnie z PN-EN a w przypadku ich braku zgodnie z PN.”

Uzasadniając zarzut dotyczący oferty LK Odwołujący² wskazał, że wykonawca ten celem wniesienia wadium złożył Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (05/21/W/03), udzielone przez Dolnośląski Fundusz Gospodarczy Sp. z o.o., które nie stanowi realnego zabezpieczenia zapłaty wadium. Wskazane poręczenie w § 4 ust. 3 stanowi, że: „3. Zamawiający w wezwaniu ma obowiązek:

1) oświadczyć, że Wykonawca nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą:

- a) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
- d) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, z późn.zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

W opinii Odwołującego², Zamawiający nie jest w stanie złożyć takiego oświadczenia w sytuacji, gdy uchybienie LK nastąpi jeszcze przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej. Potencjalnie możliwe jest bowiem, że LK może zostać wezwany do złożenia pełnomocnictwa lub wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art.

87 ust. 2 pkt 3 Pzp jeszcze przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeśli więc warunkiem zapłaty wadium wynikającym z ww. postanowienia dokumentu poręczenia jest złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o tym że LK nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą to złożenie takiego oświadczenia w przykładowo wymienionych sytuacjach, nie jest możliwe. Powyższe oznacza, że Poręczyciel z łatwością będzie mógł uchylić się od zapłaty wadium powołując się na jego treść. Takie wadium nie stanowi zabezpieczenia oferty na wszystkie ustawowe możliwości skorzystania z wadium. Wykonawca nie wniósł więc wadium w sposób prawidłowy i z tego tytułu jego oferta powinna zostać odrzucona.

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko dotyczące inwestycji wskazanych w załączniku nr 13 zawarte w piśmie procesowym złożonym do sprawy KIO 1233/21. Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp wskazał, że przez zamierzone działanie (działanie umyślne) wykonawcy należy rozumieć sytuację, w której można mu przypisać świadomy zamiar nieprzestrzegania przepisów Pzp w celu uzyskania zamówienia. Działanie takie jest ukierunkowane na celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd i polega na przedstawieniu informacji odbiegających od rzeczywistego stanu faktycznego. Rażące niedbalstwo zachodzi natomiast, gdy oczywiste jest, że wykonawca powinien przewidzieć konsekwencje umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego podczas przedstawienia informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ustalając zaistnienie rażącego niedbalstwa, należy ocenić możliwość przewidzenia przez wykonawcę skutków jego działania, uwzględniając doświadczenie wykonawcy i racjonalność podjętych decyzji, ogólny poziom intelektualny. W związku z tym chodzi o możliwość przewidywania skutków, jakich można oczekiwać i jakie są wymagane od przeciętnego wykonawcy w sprawach niewymagających dodatkowej wiedzy fachowej lub specjalizacji. W realiach niniejszej sprawy nie może być i nie ma mowy o zaistnieniu w/w przesłanki w obu postaciach albowiem oświadczenie Przystępującego zawarte w załączniku nr 13 do Oferty dotyczące doświadczenia Pana A. G. jest prawdziwe - co do wszystkich przedstawionych w tym Załączniku treści zgodnie z wymogami SIWZ w tym wymogami co do treści wynikającymi ze wzoru tego Załącznika (Załącznik do SWIZ). Przystępujący wskazał wyraźnie, jaki był zakres rzeczowy realizowanych robót na wskazanych inwestycjach w tym z odniesieniem się do tego, w jakim zakresie i jakich elementów dotyczyły roboty co do konstrukcji stalowej. Zamawiający w tym zakresie miał więc pełną wiedzę, jakich prac dotyczyły podane w

wykazie inwestycje, co umożliwiło mu dokonanie oceny kryterium doświadczenia (jak kryterium punktowanego). Na pytanie Zamawiającego co do inwestycji z pkt 6 w/w wykazu Przystępujący również bardzo konkretnie wskazał, jakie roboty w zakresie konstrukcji stalowej były wykonywane w zakresie wskazanej inwestycji. Analiza treści Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 kwietnia 2021 r. i ilość przyznanych przez Zamawiającego punktów Odwołującemu (de facto obu Odwołującym) w zestawieniu do wskazanych rodzajów inwestycji dowodzi słuszności interpretacji i stanowiska Przystępującego.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp podkreślił, że w niniejszej sprawie brak jest faktycznych i prawnych podstaw do przypisania mu podania nieprawdziwych informacji. Wskazał, że w załączniku nr 13 podał inwestycje i szczegóły przedmiotowych inwestycji (zakres robót w to co do robót w zakresie - elementów - konstrukcji stalowych) spełniający stawiane przez Zamawiającego kryterium doświadczenia (pkt 18.3 SIWZ) wg w/w zaprezentowanej wykładni tego kryterium. Informacje podane przez Przystępującego w zał. nr 13 w żadnej mierze nie mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd ponieważ zawierały konkretne wskazania, jakie konstrukcje stalowe były wykonywane w ramach danych inwestycji (element co do konkretnych wskazanych budynków czy budowli). W tym kontekście przy tak szczegółowym wskazaniu przez Przystępującego informacji nie może być mowy o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd - tym bardziej w rozumieniu w/w przepisów.

Przystępujący nie zgodził się także z zarzutem dotyczącym niespełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że dokumentację udziału w postępowaniu należy czytać kompleksowo i referencje, które dotyczą wykazu inwestycji w załączniku nr 7 do SIWZ zawierają wszelkie niezbędne informacje, w tym wykazują co najmniej jedną budowlę o konstrukcji stalowej i co najmniej jedną budowlę z instalacjami wewnętrznymi wody, kanalizacji i elektrycznymi.

W zakresie błędnie podanej normy wyjaśnił, że faktycznie w załączniku nr 15 do SIWZ omyłkowo została wskazana jedna z norm. Zamawiający nie wymagał od potencjalnych Wykonawców podania w tym załączniku norm a jedynie podanie zakresu i technologii. Powyższe zostało przez Przystępującego szczegółowo opisane w załączniku nr 14 do SIWZ.

Przystępujący LK odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wniesienia przez niego wadium wyjaśnił, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp (w brzmieniu poprzednio obowiązującym) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Na wstępie LK odniósł się do charakteru prawnego poręczenia i wskazał, że zgodnie z art. 876 § 1 k.c. przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Co więcej, w przedmiotowym wypadku stroną tej umowy jest również Przystępujący, gdyż to ma jego zlecenie dochodzi do poręczenia. Skoro zatem doszło do zawarcia umowy pomiędzy przystępującym, poręczycielem i zamawiającym, w pierwszej kolejności, dokonując interpretacji postanowień tej umowy, należy badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (zgodnie z art. 65 § 2 k.c.). Z kolei charakteryzując cel umowy, orzecznictwo wskazuje, iż: „cel umowy kształtuje prawa i obowiązki stron umowy, w sposób pośredni, jako jeden z czynników, które powinny być brane pod uwagę przy dokonywaniu wykładni kontraktu. Cel nie musi być wyartykułowany w treści umowy, a może być ustalany na podstawie okoliczności towarzyszących dokonaniu czynności' prawnej. Cel umowy można; określić jako intencję stron co do ukonstytuowania stosunku prawnego.” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. UK 355/19, Legalis).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy wskazać, iż analiza całości treści oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 4 marca 2021r. jednoznacznie wskazuje, iż zostało ono złożone celem zabezpieczenia należytego wywiązania przez przystępującego z ciążącego na nim względem zamawiającego zobowiązania do wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarówno cel ten, jak i przedmiot zamówienia został precyzyjnie określony w treści umowy poręczenia. Oznacza to, iż zgodnym zamiarem obu stron umowy, a w szczególności przystępującego j poręczyciela było należyte zabezpieczenia interesu zamawiającego na wypadek zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium. Zgodnie z § 1 oświadczenia poręczyciela:

Dolnośląski Fundusz Gospodarczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) udziela niniejszym solidarnego poręczenia za zobowiązanie: LK INWEST Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (. . .) Wobec: Gmina Ciężkowice (. . .) do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Wykonawcę do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., zwanej dalej ustawą Pzp), w szczególności w art. 46 ust. 4a i ust. 5.

W konsekwencji obie strony umowy zdawały sobie sprawę z zakresu przedmiotowego poręczenia, zgodnie dążąc do oznaczenia tego zakresu w taki sposób, aby skutecznie

zabezpieczyć interes zamawiającego we wszystkich ustawowych wypadkach, gdy zamawiający wadium.

Powyższą argumentację potwierdza także zdaniem Przystępującego LK złożenie przez niego nowego wadium z dnia 31 marca 2021 r. w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą. Przedmiotowe poręczenie zostało udzielone na okres do dnia 7 czerwca 2021 r., co jednoznacznie potwierdza intencje stron w zakresie należytego zabezpieczenia interesu zamawiającego. Z powyższych okoliczności wynika, że wbrew stanowisku przedstawionemu w poręczytel nie będzie mógł uchylić się od zapłaty wadium, powołując się na treść § 4 oświadczenia. Postanowienie to nie może być odczytywane w oderwaniu od zacytowanego powyżej a ponadto przepisów art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Nie sposób przy interpretacji § 4 ust. 3 pominąć oczywistego faktu, że:

treść § 4 ust. 3 pkt 1 lit a, b oraz c pokrywa się z treścią art. 46 ust. 5 pkt 1, 2 oraz 3 natomiast treść § 4 ust. 3 pkt 1 lit d odpowiada treści art. 46 ust. 4a Pzp.

Z interpretacji umowy poręczenia sugerowanej przez odwołującego miałyby wynikać, że w przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 4a p.z.p., zamawiający musiałby oświadczać, iż wykonawca nie wykonał swoich obowiązków „pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą”.

Taka wykładnia umowy jest w stopniu oczywistym niezgodna z wolą stron i celem umowy, a w konsekwencji narusza art. 65 § 2 k.c.

Oznacza to, że jeżeli w przedmiotowym postępowaniu ziści się wobec niego jedna z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, Zamawiający uzyska kwotę wadium od poręczyciela, składając oświadczenie o treści zgodnej z § 4 ust. 3 pkt 1 lit d, a jednocześnie zgodnej z art. 46 ust. 4a Pzp, a więc oświadczenie o treści: „Zamawiający oświadcza, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843,• z późn.zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, mowa w art. 87 ust, 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

Przystępujący LK wskazał, że powyższą wykładnię umowy poręczenia potwierdza również oświadczenie spółki Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. dnia 30 kwietnia 2021 r. Oświadczenie to zostało wydane w związku z prośbą przystępującego o odniesienie się do zarzutu formułowanego przez Odwołującego².

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu również Odwołujący² nie może ponieść szkody w związku z czynnościami Zamawiającego, powtarzając argumentację jak w odniesieniu do LK.

Zamawiający podtrzymał również stanowisko co do wykładni pojęcia zawartego w opisie kryterium „konstrukcja stalowa”. Odnosząc się do analizy zakresu przyznanych punktów również podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1233/21.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp Zamawiający zauważył, że Przystępujący prawidłowo uzyskał maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium KD, czemu próbuje zaprzeczyć Odwołujący². Skoro Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a on sam winien uzyskać maksymalną liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert, to też nie mógł w żaden sposób wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Zamawiający odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wskazał, że Odwołujący² nie wykazał, jakoby którakolwiek ze wskazywanych inwestycji miała nie spełniać wymogów określonych przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że łącząc treść referencji z przedłożonym wykazem robót Zamawiający otrzymał pełny obraz co do tego, jaki zakres był realizowany przez daną robotę budowlaną. Przystępujący wykazał zatem spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a przyjęcie argumentacji Odwołującego w tym zakresie prowadziłoby do nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Odnosząc się natomiast do kwestii nie wykazania przez Remar braku podstaw do wykluczenia z uwagi na fakt, że przedłożone zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów elektronicznych wyjaśnił, że zgodnie z art. 50 ust. 4a–4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, potwierdzenie wydruku zaświadczenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę pozostaje bez znaczenia, bowiem wydruk zaświadczenia ma moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS (a zatem ma moc oryginału), jeżeli zawiera dane umożliwiające jego weryfikację w sposób określony ww. przepisie. Oznacza to, że jeżeli dane zawarte w przesłanym dokumencie umożliwiają weryfikację zaświadczenia przez udostępnioną przez ZUS stronę internetową (<https://www.zus.pl/firmy/rozliczenia-zzus/zaswiadczenie-o-niezaleganiu/weryfikacja-zaswiadczen>), to zaświadczenie złożone przez wykonawcę można uznać za skutecznie

złożone. Tak też było w niniejszym przypadku – Zamawiający mógł zweryfikować przekazywane dane i informacje zawarte w tym dokumencie.

Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach zostało złożone w takiej formie, w jakiej wydał je pracownik z upoważnienia Naczelnika Urzędu Skarbowego. Dokument sporządzono w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jest to jedyna forma, w jakiej wykonawca uzyskał zaświadczenie. Dokument w formie elektronicznej jest równoważny z dokumentem złożonym w formie pisemnej (art. 781 § 2 Kodeksu cywilnego). Zauważył, że Ordynacja podatkowa dopuszcza jednak także doręczanie pism w formie dokumentów elektronicznych w postaci „wydruku odzwierciedlającego treść pisma”, zawierającego informację, że dokument został wydany w formie dokumentu elektronicznego i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ze wskazaniem imienia, nazwiska i stanowiska służbowego osoby, która je podpisała. W takiej sytuacji wnioskodawca dysponuje jedynie „wydrukiem dokumentu elektronicznego”, który jest równoznaczny z oryginałem, możliwe jest sporządzanie jego kopii i poświadczanie jej za zgodność z oryginałem. Jest to jedna z dopuszczalnych form wydania dokumentu przez Naczelnika Urzędu Skarbowego i w związku z tym Zamawiający nie mógł żądać innej formy. Zamawiający wyjaśnił, że postępowanie nie było prowadzone wyłącznie w formie elektronicznej, a więc dokumenty mogły być składane również w formie pisemnej. Różne może być jednak źródło pochodzenia tych dokumentów. W szczególności, nie można odmówić wykonawcy możliwości złożenia dokumentu, który uzyskał tylko w formie elektronicznej, ponieważ pozbawiałoby to go w ogóle możliwości złożenia takiego dokumentu. Urząd skarbowy wydając zaświadczenie w formie elektronicznej nie jest zobowiązany do powtórnego wydania dokumentu w formie pisemnej. Dokument elektroniczny jest także dokumentem podpisanym przez pracownika US, jak żądał tego Zamawiający. Forma złożenia podpisu może być jednak dowolna, jeśli tylko jest dopuszczona przez przepisy regulujące wydawanie określonych dokumentów.

Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z §14 Rozporządzenia 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. 2016, poz. 1126, dalej: „rozporządzenie dokumentowe”), dokumenty mogą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Tym samym złożenie kopii (wydruku) wskazanego dokumentu elektronicznego poświadczonego za zgodność przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy powinno zostać zaakceptowane przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z ust. 4 wskazywanego przepisu, poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje przez opatrzenie kopii dokumentu lub kopii oświadczenia, sporządzonych w postaci papierowej, własnoręcznym podpisem.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7c) Pzp w zw. z art. 83 Pzp Zamawiający stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie nie sposób uznać, aby którykolwiek z elementów wskazanych w SIWZ jako minimalne nie został spełniony. Zamawiający wymagał, aby oferta wariantowa spełniała wymogi minimalne postawione przez Zamawiającego „obciążenia pomostu wariantowej konstrukcji ścieżki winny być przyjęte zgodnie z PN-EN a w przypadku ich braku zgodnie z PN”. O ile pierwsza pozycja z załącznika nr 15 Przystępującego wskazuje na projekt optymalizacji, o tyle w zakresie samych elementów konstrukcyjnych Przystępujący powołuje się na normę PN-EN 1090-2, która dotyczy wykonania konstrukcji stalowych i aluminiowych. Nie sposób zatem uznać, jakoby Przystępujący złożył ofertę niezgodną z wymogami minimalnymi.

Zamawiający nie podzielił również zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp wskazując, że konstrukcja postanowienia § 4 ust. 3 poręczenia jasno wskazuje na tożsamą treść, co przepis art. 46 ust. 4a Pzp. Dotyczy on bowiem sytuacji po wyborze oferty najkorzystniejszej. W związku z tym, nie sposób uznać, aby to poręczenie w którymkolwiek momencie przeczyło wymogom określonym przez Zamawiającego czy postawionym przez ustawodawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie o sygn. akt KIO 1233/21 nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn., akt KIO 1243/21 zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Sygn. akt KIO 1233/21
KIO 1243/21

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, dokumentów złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, a także z pism procesowych złożonych do akt sprawy. Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania oraz złożonych przez Przesłujących Remar i LK adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Sygn. akt KIO 1233/21

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Izba zarzut powyższy uznała za zasadny w odniesieniu do trzech zakwestionowanych przez Odwołującego inwestycji wskazanych w załączniku nr 13 przez Przystępującego Remar, tj. pozycji numer 4, 5 i 6, natomiast za niezasadny zarzut dotyczący pozycji nr 1.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Określanie kryteriów oceny ofert służy wyborowi wykonawcy zamówienia i ma gwarantować wybór najlepszego spośród wszystkich wykonawców, czyli takiego, który najlepiej zrealizuje przedmiot zamówienia.

Oceniając zasadność skonstruowanego przez Odwołującego zarzutu w zakresie pozycji nr 1 wykazu, ustalić należało, czy osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy, na doświadczenie której powoływał się Remar, tj. Pan A. G. swoją funkcję musiała pełnić jak wskazywał Odwołujący od momentu rozpoczęcia robót budowlanych do ich odbioru przez inwestora.

Przypomnieć należy, że zgodnie z rozdziałem 18 pkt 3 SIWZ Zamawiający ustalił, że „(...) KD Doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej, przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego (...)”.

W ocenie Izby – wbrew stanowisku Odwołującego – z powyższego postanowienia SIWZ w żaden sposób nie wynikało, że kierownik budowy musiał sprawować swoją funkcję od początku do końca budowy/inwestycji. Podkreślić natomiast należy, że przepis art. 91 ust. 1 Pzp, w ramach dokonywania oceny ofert, wyklucza możliwość uzupełniania, uszczegóławiania zasad oceny ofert poprzez badanie ofert w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w treści SIWZ. Ustawa nie pozwala także na odstępowanie od reguł, które wynikają z obowiązującego brzmienia specyfikacji. Niedopuszczalna jest zatem praktyka dokonywania oceny ofert w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom SIWZ. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców gwarantuje wykonawcy, że reguły oceny oferty, które brał pod uwagę przygotowując swoją ofertę, będą niezmiennie w toku całego postępowania, a także pozwolą mu na ocenę swoich szans na uzyskanie zamówienia. Skoro więc w SIWZ Zamawiający wprost nie ustanowił wymogu dotyczącego pełnienia przez kierownika budowy swojej funkcji przez konkretny okres czasu, to wywodzenie przez Odwołującego powyższej okoliczności, z jasnych i precyzyjnych postanowień SIWZ stanowi daleko idącą nadinterpretację postanowień SIWZ i nie może zasługiwać na aprobatę. Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający nie określił czasu wymaganego przy pełnieniu funkcji kierownika budowy w celu potwierdzenia nabycia doświadczenia, to pan A. G., który pełnił funkcję kierownika budowy na inwestycji wskazanej przez Remar w pozycji nr 1 załącznika nr 13 do SIWZ nabył wymagane w niniejszym postępowaniu doświadczenia, a w konsekwencji Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał punkt za powyższą inwestycję.

Odnosząc się natomiast do pozycji nr 4, 5 i 6 to na wstępie zauważyć należy, że w związku ze stwierdzeniem przez Izbę, iż Zamawiający prawidłowo przyznał Remar w kryterium „KD” łącznie 2 punkty, powodowało, że oferta Remar uzyskała w postępowaniu łącznie 97 punktów. W związku z powyższym oferta tego wykonawcy, nawet po odjęciu 3 punktów za inwestycje wskazane w pozycjach 4, 5 i 6 w dalszym ciągu jest najkorzystniejsza. W konsekwencji pomimo zasadności zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny ww. pozycji, naruszenie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co z kolei obliguje Izbę do oddalenia odwołania na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp.

Uzasadniając natomiast stwierdzenie przyznania nieprawidłowej punktacji w odniesieniu do powyższych pozycji wskazać należy, że Zamawiający wymagał, aby kierownik budowy legitymował się doświadczeniem w specjalności konstrukcyjno-budowlanej

Sygn. akt KIO 1233/21
KIO 1243/21

na inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej.

W ocenie Izby nie sposób podzielić poglądu Zamawiającego i Remar, że aby uzyskać punktu w tym kryterium wystarczające było, aby jakiś element inwestycji wykonany był z konstrukcji stalowej. Powyższe nie wynika z rozdziału 18 pkt 3 SIWZ. Podkreślić bowiem należy, że ustalonym przez Zamawiającego warunkiem zdobycia przez kierownika budowy doświadczenia było kierowanie robotami budowlanymi w ramach inwestycji polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynków lub budowli o konstrukcji stalowej. Prawidłowa wykładnia powyższego postanowienia SIWZ oznaczała, że dodatkowe doświadczenie zdobywa wyłącznie ten kierownik budowy, który kierował robotami polegającymi na budowie budynku lub budowli, którego konstrukcja, a nie poszczególne, dowolne elementy konstrukcyjne, wykonane zostały ze stali. Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego, że czym innym jest konstrukcja budynku, a czym innym elementy konstrukcyjne, które na konstrukcję się składają. W związku z powyższym skoro jak wynika, z opisu pozycji 4 tylko konstrukcja więźby dachowej została wykonana z blachownic stalowych, w pozycji 5, tylko więźba dachowa została wykonana z dwuteowników stalowych, a jak wynika z wyjaśnień z dnia 8 kwietnia 2021r. w pozycji nr 6 budynek został wzniesiony w technologii tradycyjnej z elementami konstrukcji stalowej w postaci nadproży okiennych i drzwiowych oraz stalowych elementów konstrukcji nośnej stropodachu, to Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę Remar i w tym zakresie przyznał jej 3 dodatkowe punkty.

Sygn. akt KIO 1243/21

Izba za niezasadne uznała zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Remar z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ewentualnie 17 Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Analizując treść załącznika nr 13 do SIWZ złożonego przez Przystępującego, Izba stwierdziła, że Odwołujący2 nie zdołał wykazać, że w rozpoznawanym stanie faktycznym zaistniała sprzeczność pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Remar, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje natomiast, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Natomiast Odwołujący2 nie kwestionował, że oświadczenie Przystępującego wskazane w załączniku nr 13 do SIWZ dotyczące doświadczenia Pana A. G. jest nieprawdziwe w zakresie wskazanych tam inwestycji, co więcej na powyższą okoliczność nie przedłożono żadnego dowodu, podważającego ich prawdziwość. Zauważyć należy, że Przystępujący wskazał szczegółowo, jaki był zakres rzeczowy realizowanych robót na poszczególnych inwestycjach w tym z odniesieniem się do tego, w jakim zakresie i jakich elementów dotyczyły roboty w zakresie konstrukcji stalowej. Izba uznała, że Zamawiający w tym zakresie miał więc pełną wiedzę, co do sposobu wykonania budowy/budowli oraz o tym jakie elementy konstrukcyjne są wykonane ze stali.

Skoro więc w niniejszym postępowaniu Odwołujący2 nie wykazał, że Remar podał Zamawiającemu nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje, to brak jest możliwości zastosowania w niniejszym postępowaniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp i w zakresie pozycji nr 4-6 załącznika nr 13 do SIWZ podtrzymuje argumentację przedstawioną przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. KIO 1233/21.

Odnosząc się natomiast do pozycji nr 1 załącznika, Izba ustaliła, że Remar w tej pozycji podał budowę:

- Centrum biurowego i marketu budowlanego w konstrukcji tradycyjnej,
- Hali magazynowej konstrukcja stalowa z wypełnieniem ścian płytami warstwowymi,
- Wiata magazynowa stalowa.

Z powyższego wynika natomiast, że hala magazynowa oraz wiata magazynowa została wykonana w konstrukcji stalowej. Okoliczność tą potwierdził Przystępujący w piśmie z dnia 8 kwietnia 2021r. wskazując, że „w pozycji numer 1 dotyczącej budowy Centrum Handlowego RAMEX w Nowym Sączu w tabeli wymienione są dwie budowle stalowe: hala i wiata magazynowa.”. W konsekwencji wobec nieprzedłożenia przez Odwołującego żadnych dowodów podważających prawdziwość powyższych informacji nt. konstrukcji budowli, brak było podstaw do zakwestionowania, że te dwie budowle nie posiadają konstrukcji stalowej. Izba uznała więc, że Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał 1 punkt za pozycję nr 1 wskazaną w załączniku nr 13 do SIWZ.

Podsumowując, wskazać należy, że pomimo naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nienależyte przyznanie punktów Remar za inwestycje wymienione w pozycji 4, 5 oraz 6 załącznika nr 13 do SIWZ, powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania.

Izba nie podzieliła zarzutu co do nieprawidłowego przyznania Remar punktów w kryterium pozacenowym „KD” z uwagi na brak podania charakteru wykonanych robót oraz informacji czy inwestycja została ostatecznie odebrana przez Zamawiającego.

Zauważyć należy, że tabela w załączniku nr 13 była skonstruowana w sposób następujący:

p.	Nazwa inwestycji/budowy	Opis, zakres i wartość robót budowlanych	Termin realizacji robót budowlanych (data rozpoczęcia i zakończenia (dd-mm-rr))	Pełniona funkcja przy realizacji inwestycji/budowy
----	-------------------------	--	---	--

Uwzględniając powyższe wymagania Izba stwierdziła, że w każdej z pozycji w zakresie wskazanych wyżej kolumn Remar podał wymagane przez Zamawiającego informacje. Zamawiający nie oczekiwał w kolumnie 3 podania charakteru zrealizowanych prac, czego wymagał np. w załączniku nr 7 do SIWZ, poprzez wyraźne żądanie podania rodzaju robót, nie wymagał również wskazania informacji, czy roboty zostały ostatecznie odebrane. Okoliczność natomiast, że Zamawiający wymagał określonego charakteru wykonanych robót oraz aby roboty te zostały odebrane determinowało w ogóle możliwość posłużenia się takim właśnie doświadczeniem przez wykonawcę. Uznać więc należy – wobec braku dowodu przeciwnego – że wskazane w załączniku 13 inwestycje posiadały wymagany przez Zamawiającego charakter robót, tj. dotyczyły albo budowy, przebudowy lub rozbudowy i zostały przez Zamawiającego ostatecznie odebrane.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej to wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego wykaz wykonanych robót należy czytać łącznie z referencjami. Istotny jest fakt, iż oba dokumenty zawierają dane, które łatwo można zweryfikować i ustalić, iż informacje w nich zawarte powtarzają się. Na podstawie podanych w obu dokumentach danych (termin wykonania zadania, powierzchnia budynku) można uznać, że jest to ta sama robota budowlana. Porównanie natomiast treści wykazu oraz złożonych poświadczeń i referencji nie budziło żadnych wątpliwości Zamawiającego, który w oparciu o dokumenty

złożone przez Przystępującego prawidłowo ustalił, że Remar wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji również ten zarzut podlegał oddaleniu.

Izba częściowo uwzględniła zarzut dotyczący niewykazania braku podstaw wykluczenia, tj. w zakresie dotyczącym przedłożonego przez Remar wydruku zaświadczenia z Urzędu Skarbowego podpisanego podpisem elektroniczny, który Remar potwierdził „za zgodność z oryginałem”, natomiast powyższy zarzut oddaliła w zakresie kwestionującym prawidłowość zaświadczenia pochodzącego z ZUS.

Podkreślić należy, że zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia dokumentowego, 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. Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. 2017 poz. 1320, dalej: „rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej”) jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Zgodnie z ust. 2 w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

W zakresie zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek Izba ustaliła, że zgodnie z art. 50 ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał. Stosownie do ust. 4b ww. przepisu Zakład umożliwia weryfikację zaświadczenia lub decyzji, o których mowa w ust. 4a, przez udostępnioną przez Zakład stronę internetową, po podaniu: 1) danych

identyfikujących zaświadczenie albo decyzję, 2) typu identyfikatora płatnika składek i jego numeru, 3) daty wydania zaświadczenia lub decyzji. Natomiast przepis ust. 4c stanowi, że wydruki, o których mowa w ust. 4a, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu złożenie przez Remar wydruku dokumentu e-ZUS potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę jest poprawne. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2019 r. (KIO 2578/18): „W ocenie Izby, na ocenę dokumentu wydanego przez ZUS w formie elektronicznej, zrównanej z formą pisemną nie ma wpływu późniejsze jego wydrukowanie w celu jego złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika to z przywołanych w odwołaniu i przytoczonych powyżej przepisów art. 50 ust. 4a i 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, które stanowią, że zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, wydane w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, może być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał oraz, że taki wydruk ma moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS, jeżeli zawierają dane umożliwiające ich weryfikację, o których mowa w ust. 4b, stosownie, do którego ZUS umożliwia weryfikację takiego zaświadczenia poprzez udostępnioną stronę internetową, po podaniu danych identyfikujących zaświadczenie, typu i numeru identyfikatora płatnika składek oraz daty wydania zaświadczenia. Złożone przez Odwołującego zaświadczenie zawierało takie dane, co umożliwiło Zamawiającemu dokonanie weryfikacji.

Skoro przedmiotowe zaświadczenie ZUS jest urzędowym dokumentem elektronicznym, które z mocy ustawy może być wykorzystywane w formie wydruku, mającego moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez ZUS, to w ocenie Izby powinno być uznane przez Zamawiającego przy ocenie braku przesłanek wykluczenia z postępowania Odwołującego. Wskazuje na to wykładnia celowościowa i funkcjonalna przepisów ustawy Pzp i ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W sytuacji, gdy zaświadczenie potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek ZUS, czego Zamawiający nie kwestionował, to powinien uznać, iż Odwołujący wykazał, iż nie naruszył obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, tj. wykazał brak podstaw wykluczenia go z postępowania”.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do prawidłowości złożonego przez Remar zaświadczenia z Urzędu Skarbowego to Izba w tym zakresie podzieliła zarzut odwołania i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego w prawidłowej formie.

Uzasadniając powyższe stanowisko wskazać należy, że zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia dokumentowego, Zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia może żądać zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, 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 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. Zgodnie z art. 306a § 1 Ordynacji podatkowej (Dz. U. 2019, poz. 900) organ podatkowy wydaje zaświadczenia na żądanie osoby ubiegającej się o zaświadczenie. Na mocy art. 306k w zw. z art. 126 Ordynacji podatkowej sprawy podatkowe załatwiane są w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Wskazać również należy, że tryb wydawania zaświadczeń reguluje Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe (Dz. U. 2015, poz. 2355). Zgodnie z § 7 zaświadczenie doręczane w formie dokumentu elektronicznego jest uwierzytelnione bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub podpisem potwierdzonym profilem zaufanym e-PUAP. Natomiast zgodnie z § 8 zaświadczenia są wydawane przez organ podatkowy właściwy rzeczowo i miejscowo w sprawach poszczególnych zobowiązań podatkowych, z zastrzeżeniem art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o administracji podatkowej.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że w przypadku zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami są one albo podpisywane e-podpisem kwalifikowanym pracownika organu podatkowego, albo też poświadczane profilem zaufanym e-PUAP. W takiej też postaci powinny być przekazane Zamawiającemu. W konsekwencji Izba stwierdziła, że złożenie wydruku dokumentu uzyskanego elekt potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie jest poprawne, ponieważ brak jest regulacji zrównujących moc wydruku z dokumentem wystawionym elektronicznie.

Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7c Pzp w zw. z art. 83 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7c) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta wariantowa nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie natomiast z art. 83 Pzp Zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej. Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1, jeżeli zamawiający tego wymaga. Zgodnie z ust. 1a oferta wariantowa musi spełniać minimalne wymagania określone przez zamawiającego.

Zauważyć należy, że Zamawiający w Rozdziale 14.9.4 SIWZ wskazał, że wykonawca składający ofertę wariantową w treści załącznika nr 15 do SIWZ musi wykazać, że oferta wariantowa spełnia wymogi minimalne postawione przez Zamawiającego, tj. a) obciążenia pomostu wariantowej konstrukcji ścieżki winny być przyjęte zgodnie z PN-EN a w przypadku ich braku zgodnie z PN, b) przebieg ścieżki pozostaje bez zmian, c) lokalizacja/rozstaw słupów pozostaje bez zmian.

Izba ustaliła ponadto, że Remar w załączniku nr 15 podał: „(...) Oferta wariantowa spełnia wymogi minimalne postawione przez Zamawiającego tj.:

a/ Zakres rzeczowy wykonania wariantowych elementów budowli:

- a) obciążenia pomostu wariantowej konstrukcji ścieżki zostaną przyjęte wg. obowiązujących norm w zakresie projektowania konstrukcji stalowych,
- b) przebieg ścieżki pozostaje bez zmian,
- c) lokalizacja/rozstaw słupów pozostaje bez zmian.

b/ Technologia wykonania elementów budowli:

Wykonanie projektu optymalizacji konstrukcji stalowej wg. EN 1932 (słupy nośne oraz konstrukcja ścieżki). Wykonanie elementów konstrukcyjnych w klasie EXC2 wg. PN-EN 1090-2. Elementy wykonane ze stali konstrukcyjnej w gatunkach S235J2 oraz S355J2 Geometria wymiarowa konstrukcji wg. PN-EN ISO 13920 w klasie B/G Spawanie wg. PN EN ISO 3834-2.

Zabezpieczenie antykorozyjne do klasy C3 poprzez malowanie wg. PN-EN ISO 12944 lub cynkowanie ogniowe wg. PN-EN ISO 1461 (do wyboru przez Inwestora).”.

Zarzut odwołania sprowadzał się do stwierdzenia, że oferta wariantowa nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego ponieważ, jego zdaniem Remar oświadczył, że wykona projekt optymalizacji konstrukcji stalowej w sposób zawężony tj. wg. normy EN 1932 (słupy nośne oraz konstrukcja ścieżki). Tymczasem wskazana norma dotyczy Zasłon zewnętrznych i żaluzji – odporność na obciążenie wiatrem i na jej podstawie nie jest w stanie

wykonać przedmiotowej oferty wariantowej. Remar oświadczył więc, że dokona optymalizacji konstrukcji bez uwzględnienia norm obowiązujących w tym zakresie co pozostaje w sprzeczności z obowiązkiem określenia minimalnych wymogów oferty wariantowej

Izba stwierdziła, że podanie przez Remar błędnej normy, w sytuacji, gdy sam Zamawiający nie żądał ich wskazania, nie może stanowić o niezgodności oferty wariantowej z wymaganiami wynikającymi z SIWZ, odwołujący poza wskazaniem powyższej okoliczności nie przedstawił żadnych innych dowodów na potwierdzenie, że oferta wariantowa Remar nie spełniała minimalnych wymagań Zamawiającego, w konsekwencji czego Izba zarzut powyższy oddaliła.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wadium wniesionego przez Przystępującego LK i kwestionującego jego prawidłowość w wyniku sformułowania zawartego w § 4 ust. 3, iż: „3. Zamawiający w wezwaniu ma obowiązek: 1) oświadczyć, że Wykonawca nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą (...)”. W ocenie Odwołującego² powyższe sformułowanie, powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie złożyć takiego oświadczenia w sytuacji, gdy uchybienie LK nastąpi jeszcze przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej, a to oznacza, że Poręczyciel z łatwością będzie mógł uchylić się od zapłaty wadium powołując się na jego treść. Ponadto Odwołujący stwierdził, że takie wadium nie stanowi zabezpieczenia oferty na wszystkie ustawowe możliwości skorzystania z wadium.

Rozpatrując powyższy zarzut wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Izba przeprowadziła dowód z treści oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (05/21/W/03) i ustaliła, że: „Dolnośląski Fundusz Gospodarczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (...) udziela niniejszym solidarnego poręczenia za zobowiązanie: LK INWEST Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (...), Wobec: Gmina Ciężkowice (...) do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Wykonawcę do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., zwanej dalej ustawą Pzp), w szczególności w art. 46 ust. 4a i ust. 5.”. Ponadto Izba ustaliła, że w § 3 postanowiono: „1. Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę aktualnego i wymagalnego zobowiązania

Wykonawcy wobec Zamawiającego do zapłaty wadium na wypadek, gdyby Wykonawca nie wykonał tego zobowiązania w terminie. Odpowiedzialność Poręczyciela jest ograniczona do kwoty maksymalnej w wysokości 50.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100).

2. Zakres odpowiedzialności Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia nie obejmuje: odsetek, prowizji, opłat ani innych kosztów związanych z przystąpieniem do przetargu należnych Zamawiającemu. 3. Poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres do dnia 07.04.2021r. i jakiegokolwiek roszczenie na jego podstawie musi być wniesione na adres Poręczyciela do wskazanej daty włącznie.”.

W § 4 natomiast ustalono: „1. Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego poręczenia nieodwołalnie, bezwarunkowo i na każde pisemne żądanie. 2. Wezwanie do zapłaty wadium skierowane przez Zamawiającego do Poręczyciela powinno być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności. Zamawiający w razie kierowania oświadczeń przez swojego reprezentanta obowiązany jest przedłożyć pisemne umocowanie. Kopie dokumentów przedkładane przez Zamawiającego powinny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez osobę umocowaną przez Zamawiającego. 3. Zamawiający w wezwaniu ma obowiązek: 1) oświadczyć, że Wykonawca nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą:

- a) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

d) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, z późn.zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

- 2) wskazać numer rachunku bankowego do dokonania wypłaty poręczenia.

4. Poręczyciel wypłaca środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia w terminie 14 dni roboczych liczonych od dnia następującego po dniu otrzymania kompletnego wezwania do zapłaty wadium.”.

Uwzględniając treść dokumentu poręczenia Izba stwierdziła, że oświadczenie poręczyciela, czytane w całości, a nie wybiórczo jak dokonał tego Odwołujący_2, zostało złożone celem zabezpieczenia należytego wywiązania się przez LK z ciążącego na nim względem Zamawiającego zobowiązania do wypłaty wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W treści powyższego dokumentu wprost wskazano na treść przepisu art. 46 ust. 4 i 4a Pzp, co oznacza, że jeżeli w stosunku do LK ziści się jedna z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, Zamawiający uzyska kwotę wadium od poręczyciela.

Tym samym Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 nPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 nPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 1233/21 oddaliła odwołania i orzekła o kosztach na podstawie art. 557 i 575 nPzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 2020r. poz. 2437).

Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 1243/21 Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 9/10 do 1/10. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego w części 1/10 i Odwołującego w części 9/10.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 17 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 15 480 zł (17 200 zł x 9/10). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1720 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Sygn. akt KIO 1233/21
KIO 1243/21

Przewodniczący :