

Sygn. akt: KIO 2381/19

**WYROK**

**z dnia 10 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 grudnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 listopada 2019 r.** przez wykonawcę **Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sędziejowice,**

**orzeka:**

1. **Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Gminie Sędziejowice (i) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wykluczenie z postępowania wykonawcy T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe T. P. z siedzibą w Przedłęczu; (iii) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Sędziejowice i :**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2. **zasądza od zamawiającego Gminy Sędziejowice na rzecz wykonawcy Grupy EKOENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach kwotę 13 600 zł 00 gr**

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 25 listopada 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Sędziejowice (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie złożonej przez wykonawcę PPHU T. P. (dalej „**P.**”) punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych”, pomimo że brak było i jest podstaw do przyznania ww. ofercie jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy P. za odrzuconą, pomimo że wykonawca P. w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy P. za odrzuconą, pomimo że wykonawca P. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty; z ostrożności,
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: (i) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy P. jako najkorzystniejszej oferty; (ii) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę P.; (iii) nie przyznawał ofercie złożonej przez wykonawcę P. jakichkolwiek punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych”; (iv) wykluczył wykonawcę P. z postępowania z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz uznał ofertę wykonawcy P. za odrzuconą; (v) w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty; (vi) z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy P. z postępowania – nakazać, aby Zamawiający wezwał wykonawcę P. do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy P. jako najkorzystniejszą ofertę, przyznając jej łącznie 95 pkt. Natomiast oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą wykonawcy P.. Ofercie Odwołującego Zamawiający przyznał łącznie 92,39 pkt.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie złożonej przez wykonawcę P. punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych”, pomimo że brak było i jest podstaw do przyznania ww. ofercie jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 6) ppkt 3.1. SIWZ wskazał, iż: „Stosownie do zapisów art 24aa ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.” W niniejszym postępowaniu ma zatem zastosowanie tzw. procedura odwrócona.

Dalej Odwołujący wskazał, że w pkt 13) ppkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż: „Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

a) „Łączna cena ofertowa brutto” - C;

- b) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika budowy lub inspektora nadzoru budowy" - DB;
  - c) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót sanitarnych" - DS;
  - d) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych" - DE "
- Odnosnie kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych".

Dalej Zamawiający wskazał w pkt 13) ppkt 3. SIWZ, że:

Oświadczenie personelu kluczowego - kierownik robót elektrycznych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – 10%, 10 - Wg skali punktowej:

Pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych, przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3 000 000.00 zł brutto każde:

- 0 zamówień - DE = 0 pkt
- 1 zamówienie - DE = 5 pkt
- 2 zamówienia - DE = 10 pkt

Z kolei w pkt 6) ppkt 3.1. lit. c) SIWZ Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

„c) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 5. 1. 2) pkt. c) ppkt ii niniejszego SIWZ oraz w celu potwierdzenia spełniania kryterium oceny oferty, o którym mowa w pkt. 13. 2. b, c, d niniejszej SIWZ. wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, (wg załącznika nr 7 do SIWZ)".

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że w niniejszym postępowaniu wykaz osób pełnił podwójną rolę. Po pierwszy, był dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, miał potwierdzać spełnianie kryterium oceny oferty, o którym mowa w pkt. 13.2. b, c, d SIWZ, czyli także kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych". Odpowiednio do powyższego w załączniku nr 7 do SIWZ, zawierającym wzór wykazu osób, Zamawiający wskazał, że mają być tam podane przez wykonawcę: „Informacje dot. kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, w tym opis doświadczenia osoby. Dozwalający na ocenę spełniania kryterium oceny ofert zgodnie z rozdz. 13.3 SIWZ".

Dalej Odwołujący wskazał, że jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18 listopada 2019 r. oferta wykonawcy P. otrzymała łącznie 95 pkt, natomiast oferta złożona przez Odwołującego łącznie 92,39 pkt. Różnica między ww. ofertami wynosi zatem 2,61 pkt. W ww. zawiadomieniu wskazano też, że oferta wykonawcy P. w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” otrzymała 5 punktów, co dało jej przewagę punktową nad ofertą Odwołującego. W ocenie Odwołującego brak było i jest podstaw do przyznania ofercie wykonawcy P. jakichkolwiek punktów w ramach ww. kryterium oceny ofert. O powyższym przesądzają następujące względy.

Odwołujący wskazał, że w formularzu oferty wykonawca P. oświadczył, że osoba, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3 000 000,00 zł brutto każde w 2 zrealizowanych zamówieniach. W wykazie osób z 21 października 2019 r., który został złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 16 października 2019 r., wykonawca P. na stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazał pana H. W., a jego doświadczenie opisał w następujący sposób: „Funkcja kierownika robót elektrycznych przy

- Budowie sali gimnastycznej — Zespół Szkół w Marchwaczu i Radliczycach
- Budowie bud. mieszkalnego wielorodzinnego z infrastrukturą — Sieradz”.

W ocenie Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że powyższe informacje nie pozwalały na ocenę spełniania kryterium oceny ofert zgodnie z rozdz. 13.3 SIWZ i nie potwierdzały deklaracji złożonej w formularzu oferty odnośnie doświadczenia kierownika robót elektrycznych. W szczególności brak było jakiegokolwiek informacji o wartości poszczególnych zamówień, a punktacji podlegały jedynie zamówienia o wartości minimum 3 000 000.00 zł brutto każde. Co więcej, wskazana w wykazie budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z infrastrukturą w Sieradzu nie mogła być uznana za wymaganą w kryterium budowę budynku użyteczności publicznej. Zgodnie bowiem z definicją zamieszczoną w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065 ze zm.) przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych

funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Z kolei w § 3 pkt 4 ww. rozporządzenia wskazano, że budynek mieszkalny wielorodzinny to budynek mieszkalny, a zatem zupełnie inny rodzaj budynku niż budynek użyteczności publicznej.

Odwołujący podkreślił, że brak jakiejkolwiek informacji o wartości poszczególnych zamówień został dostrzeżony przez samego Zamawiającego, który pismem z dnia 29 października 2019 r. wezwał wykonawcę P. do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez dostarczenie dokumentów potwierdzających, że pan H. W. wskazany w Załączniku Nr 7 do SIWZ jako kierownik robót elektrycznych, skierowany do realizacji zamówienia publicznego; pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych przy zadaniach: (i) „Budowa sali gimnastycznej — Zespół Szkół w Marchwaczu i Radliczycach”; (ii) „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z infrastrukturą — Sieradz”, wraz z określeniem całkowitej wartości każdego z powyższych zamówień — zgodnie z wymaganiami SIWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca P. za pismem z 4 listopada 2019 r. przedstawił nowy, zmieniony wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazana została inna osoba niż w wykazie złożonym pierwotnie, tj. pan Z. N. Doświadczenie pana Z. N. zostało opisane w wykazie w następujący sposób:

„Pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych przy

- budowa budynku usługowo-handlowego z częścią mieszkalną - 4 200 000,00 zł brutto
- budowa bud. usługowo handlowego wraz z przyłączeniami i urządzeniami technicznymi w Sieradzu 315 000,00 zł brutto”.

Odwołujący wskazał, że do nowego, zmienionego wykazu osób wykonawca P. załączył m.in. dokument potwierdzający, że pan Z. N. pełnił funkcję robót elektrycznych przy ww. zadaniach. Ocena doświadczenia pana Z. N. została dokonana przez Komisję Przetargową na posiedzeniu w dniu 7 listopada 2019 r. Komisja Przetargowa uznała, że: „Z uwagi na niedookreślony przez Wystawcę referencji z dnia 30.10.2019 r. dla kierownika robót elektrycznych p. Z. N. wystawionych przez firmę Grafit Sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu, zakres wykonanych robót dotyczących części usługowo — handlowej kwalifikowalnej jako „budynek użyteczności publicznej” zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065) i części mieszkalnej, a w konsekwencji braku możliwości tegoż zweryfikowania na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, Komisja przetargowa nie uznaje doświadczenia kierownika robót w tym zakresie, co skutkuje obniżeniem pierwotnie przyznanej punktacji na podstawie kryterium oceny ofert określonych

w dziale 13 SIWZ — w zakresie doświadczenia personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych" (cytat za protokołem z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 7 listopada 2019 r.)

Jak wynika z powyższego i jak to już podniesiono wcześniej, oferta wykonawcy P. w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” otrzymała 5 punktów, co dało jej przewagę punktową nad ofertą Odwołującego. Tymczasem w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy brak było i jest jakichkolwiek podstaw do przyznania ofercie nawet tych 5 punktów, ich przyznanie było niemożliwe w świetle informacji przedstawionych w pierwszym wykazie osób z 21 października 2019 r., gdyż brak było tam jakiegokolwiek informacji o wartości poszczególnych zamówień, a punktacji podlegały jedynie zamówienia o wartości minimum 3.000.000,00 zł brutto każde. Powyższy brak został zresztą potwierdzony przez samego Zamawiającego w wezwaniu z dnia 29 października 2019 r. Natomiast informacji na temat doświadczenia pana Z. N., przedstawionych w drugim wykazie osób z 4 listopada 2019 r., Zamawiający w ogóle nie powinien brać pod uwagę. W ocenie Odwołującego nie budzi bowiem żadnych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że uzupełnianie oświadczeń i dokumentów, czy to w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, czy też z własnej inicjatywy wykonawcy, nie może dotyczyć tych dokumentów czy informacji, które podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2018 r., sygn. akt KIO 1688/18, wyrok z dnia 29 marca 2018 r. o sygn. KIO 506/18, wyrok z dnia 25 października 2018 r. o sygn. KIO 1995/18, oraz wyrok z dnia 17 stycznia 2019 r. o sygn. KIO 2696/18.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy P. za odrzuconą, pomimo że wykonawca P. w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, Odwołujący wskazał, że podniesiony zarzut jest ściśle powiązany z zarzutem opisanym powyżej. Jak to już podniesiono powyżej w formularzu oferty wykonawca P. oświadczył, że osoba, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3 000 000,00 zł brutto każde w 2 zrealizowanych zamówieniach. Ponadto, jak to również podniesiono powyżej, oferta wykonawcy P. w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” otrzymała 5 punktów. Z zestawienia powyższych informacji wynika jasno i wyraźnie, że Zamawiający przyznał



ofercie wykonawca P. w ramach ww. kryterium mniej punktów niż by to wynikało z deklaracji wykonawcy P. złożonej w formularzu oferty odnośnie doświadczenia kierownika robót elektrycznych. Zgodnie bowiem z SIWZ przyznanie ofercie 5 pkt było przewidziane w razie pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3 000 000,00 zł brutto każde w 1 zrealizowanym zamówieniu. W świetle powyższego w ocenie Odwołującego, nie ma zatem żadnych wątpliwości, że sam Zamawiający ocenił oświadczenie złożone przez wykonawcę P. odnośnie doświadczenia osoby, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, jako niezgodne z rzeczywistością (potwierdza to też przytoczony powyżej fragment protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 7 listopada 2019 r.). Gdyby bowiem oświadczenie złożone przez wykonawcę P. było prawdziwe, to Zamawiający przyznałby ofercie wykonawca P. w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót - elektrycznych” 10 pkt tj. za pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych w 2 zrealizowanych zamówieniach. Negatywna ocena prawdziwości oświadczenia złożonego przez wykonawcę P. była w pełni uzasadniona, ale powinno pójść za nią wykluczenie wykonawcy P. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nie do zaakceptowania jest bowiem sytuacja, w której wykonawca P. oświadcza w formularzu ofertowym, że osoba, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3.000.000,00 zł brutto każde w 2 zrealizowanych zamówieniach, a złożony przez wykonawcę P. i to dwukrotnie wykaz osób niczego takiego nie potwierdza. Odwołujący podtrzymuje przy tym swoje stanowisko, że uzupełnianie oświadczeń i dokumentów, czy to w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, czy też z własnej inicjatywy wykonawcy, nie może dotyczyć tych dokumentów czy informacji, które podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Zatem Zamawiający w ogóle nie powinien oceniać doświadczenia kolejnej osoby wskazanej przez wykonawcę P. do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, lecz poprzestać na ocenie doświadczenia pierwszej osoby wskazanej do pełnienia ww. funkcji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. W świetle okoliczności przedstawionych powyżej nie ma żadnych wątpliwości, że wykonawca P. oświadczając w "formularzu ofertowym, iż osoba, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych

przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3 000 000,00 zł brutto każde w 2 zrealizowanych zamówieniach, przedstawił:

- a) co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa;
- b) informacje wprowadzające w błąd zamawiającego (tj. prezentujące stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością, gdyż żadna z osób wskazanych na stanowisko kierownika robót elektrycznych w rzeczywistości nie pełniła funkcji kierownika robót elektrycznych w 2 zamówieniach spełniających wymagania SIWZ);
- c) informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w niniejszej sprawie informacje przedstawione przez wykonawcę P. miały wpływ na punktację przyznaną jego ofercie w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” i w rezultacie na kształt rankingu ofert).

Odwołujący podkreślił, że wykonawca P. co najmniej nie dołożył należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nie zweryfikował informacji podanych w formularzu oferty odnośnie doświadczenia osoby, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych. Jeśli nawet przyjąć, iż wykonawca P. nie działał w sposób zamierzony, to niewątpliwie zachowanie wykonawcy P. cechowało co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu,

aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Wykonawca P. powinien był zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podanie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji co do doświadczenia osoby, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić co najmniej jako niedbalstwo. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2018 r., KIO 1542/18.

Odwołujący wskazał, że nawet „nieskuteczne” wprowadzenie Zamawiającego w błąd (przejawiające się np. tym, że Zamawiający nie podejmie na skutek podanych przez wykonawcę informacji istotnych decyzji w postępowaniu - np. nie przyzna wykonawcy P. punktów w ww. kryterium, czy też samodzielnie ustali, że podane przez wykonawcę P. informacje są nieprawdziwe), nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji i oceny zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 24 kwietnia 2018 r. o sygn. akt: KIO 684/18 oraz wyrok z dnia 14 sierpnia 2018r. o sygn. akt: KIO 1542/18.

W ocenie Odwołującego w zaistniałej sytuacji bez znaczenia dla oceny zasadności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp będzie okoliczność, czy i ile konkretnie punktów Zamawiający przyznałby, bądź nie, ofercie wykonawcy P. w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych”. Odwołujący podkreślił, że w omawianym zakresie kluczowe znacznie ma fakt podania przez wykonawcę P. w ofercie nieprawdziwej informacji co do doświadczenia osoby, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych (rzekome pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych w 2 zamówieniach spełniających wymagania SIWZ), niezależnie od faktycznego rezultatu, jakie podanie tych informacji miało na punktację oferty wykonawcy P. w postępowaniu. Niewątpliwie bowiem zamieszczenie w ofercie nieprawdziwych informacji odnośnie doświadczenia osoby, która pełnić będzie przy realizacji przedmiotu umowy funkcję kierownika robót elektrycznych, należy rozumieć jednoznacznie jako zamiar i dążenie wykonawcy P. do uzyskania punktów z tego tytułu. Innymi słowy wykonawca P. niewątpliwie przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. na decyzję o przyznaniu ofercie punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” i w rezultacie na kształt rankingu ofert. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1004/17, wyrok z dnia 4 października 2017 r. o sygn. akt KIO 1978/17, wyrok z dnia 4 maja 2017 r. o sygn. akt KIO 734/17 oraz

wyrok Sądu Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r. X Ga 739/16.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy P. za odrzuconą, pomimo że wykonawca P. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wskazał w pkt 5) ppkt 1.2) lit. b) SIWZ, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: „b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 2 000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych). UWAGA! W przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia wspólnie przez dwóch lub więcej Wykonawców warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą łącznie spełnianie ww. warunku.

W przypadku wskazania przez Wykonawcę, w celu wykazania spełniania warunków udziału, waluty inna niż polska (PLN), w celu jej przeliczenia stosowany będzie:

- średni kurs NBP na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- średni kurs NBP z pierwszego dnia roboczego poprzedzającego dzień opublikowania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli dniem opublikowania ogłoszenia jest sobota."

Odpowiednio do powyższego w pkt 6) ppkt 3.1. lit. a) SIWZ Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: „informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 5.1. 2) pkt. b) niniejszego SIWZ. wystawioną w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert".

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 16 października 2019 r. wykonawca P. złożył dwa zaświadczenia banku Santander Bank Polska S.A., jedno z 21 października 2019 r. i drugie z 22 października 2019 r. W pierwszym z ww. zaświadczeń odnośnie wykonawcy P. wskazano, że: posiada papiery wartościowe w Biurze Maklerskim Santander o wartości 207 505,66 PLN. Natomiast w drugim z ww. zaświadczeń odnośnie wykonawcy P. wskazano, że:

posiada w oddziale w Sieradzu środki na rachunkach bankowych w wysokości -1 803 919,00 (jeden milion osiemset trzy tysiące dziewięćset dziewiętnaście 00/100 PLN) aktualna wartość rejestrów uczestnika w Funduszach Inwestycyjnych Santander wynosi 223,152,00 dwieście dwadzieścia trzy tysiące sto pięćdziesiąt dwa 00/100 PLN ).

W ocenie Odwołującego jak wynika z powyższego przedstawiając ww. zaświadczenia wykonawca P. wykazał jedynie, że posiada środki finansowe na kwotę 1 803 919,00 zł, czyli w niższej wysokości niż to było wymagane w warunku. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że nie ma żadnych podstaw, aby za środki finansowe uznać posiadane przez wykonawcę P. i wskazane w ww. zaświadczeniach papiery wartościowe w Biurze Maklerskim Santander i jednostki uczestnictwa w Funduszach Inwestycyjnych Santander i zsumować ich wartość z wysokością środków zgromadzonych przez wykonawcę P. na rachunkach bankowych. Nie ma wątpliwości, że przez środki finansowe w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) jak i w rozumieniu SIWZ rozumieć należy wyłącznie pieniądze, tj. złote (PLN) lub waluty inne niż polska (PLN). Powyższe wynika nie tylko z tego, że to w pieniądzu wyraża się zdolność kredytową, czyli drugą z wartości wskazanych w ww. rozporządzeniu i w SIWZ, ale przede wszystkim z tego, że inaczej niż pieniądze ani papiery wartościowe w Biurze Maklerskim Santander, ani jednostki uczestnictwa w Funduszach Inwestycyjnych Santander nie mają stałej, gwarantowanej przez państwo wartości nominalnej. Wartość papierów wartościowych w Biurze Maklerskim Santander jak i jednostek uczestnictwa w Funduszach Inwestycyjnych Santander jest zmienna w czasie i może się zmienić drastycznie z dnia na dzień a nawet z godziny na godzinę. Wartość nominalna pieniędzy jest natomiast niezmienna i posiadając na rachunku bankowym kwotę 2 000.000,00 zł wykonawca zawsze będzie spełniać warunek postawiony przez Zamawiającego. Papiery wartościowe w Biurze Maklerskim Santander jak i jednostki uczestnictwa w Funduszach Inwestycyjnych Santander takiej gwarancji natomiast nie dają, ze względu na realną możliwość spadku (i to poważnego spadku) ich wartości. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 14 sierpnia 2012 r. o sygn. akt KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, w odniesieniu do wykonawcy P. zachodzi przesłanka do wykluczenia z postępowania, określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający wskazał w pkt 5) ppkt 1.2) lit. c) SIWZ, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: „zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że" i. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane o wartości zamówienia co najmniej 3 000 000,00 zł brutto każda, polegające na budowie budynku użyteczności publicznej oraz wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie pompy ciepła o mocy znamionowej co najmniej 60 kW każda."

Odpowiednio do powyższego w pkt 6) ppkt 3.1. lit. b) SIWZ Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: „b) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 5. 1. 2) pkt c) ppkt. i niniejszego SIWZ, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie, z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty (wg załącznika nr 6 do SIWZ)".

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 16 października 2019 r. wykonawca P. złożył wykaz robót budowlanych z 21 października 2019 r., zawierający cztery pozycje, załączając do niego referencje i inne dokumenty. Pozycja trzecia i czwarta wykazu dotyczyły budowy pompy ciepła, pozycja druga - budowy budynku przedszkola pasywnego wraz z pompami ciepła w Widawie, wreszcie pozycja pierwsza - rozbudowy i przebudowy istniejącego budynku Urzędu Gminy w Zduńskiej Woli. Jak wynika z załączonych do wykazu referencji, dotyczących pierwszej pozycji wykazu, rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Urzędu Gminy w Zduńskiej Woli polegała dokładnie na:

- 1) dobudowie trzykondygnacyjnego budynku (I etap),
- 2) przebudowie istniejącego budynku (II etap).

Zestawiając powyższe z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w - postępowaniu wskazać trzeba, że w granicach pierwszej części warunku (budowa budynku użyteczności publicznej) mieszczą się jedynie roboty budowlane wskazane w pozycji pierwszej i drugiej wykazu, natomiast spośród robót budowlanych wskazanych w pozycji pierwszej

wykazu - jedynie dobudowa trzykondygnacyjnego budynku (I etap), nie mieści się natomiast wskazana tam przebudowa istniejącego budynku (II etap). Odwołujący wskazuje i podkreśla, że zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane (tj. z dnia 21 maja 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Czym innym niż przebudowa jest natomiast budowa, gdyż zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Odrębność zakresów pojęć budowy i przebudowy nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie. Przykładowo, w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 8 maja 2017 r., II SA/Kr 256/17, wskazano, że: „Przebudowa wyłączona została z pojęcia budowy ze względu na fakt, że wyróżnikiem budowy jest powstanie nowej substancji budowlanej w znaczeniu "zmiany charakterystycznych parametrów danego obiektu" - np. zwiększenie kubatury obiektu. W przypadku przebudowy może zmienić się, poprzez np. zmianę parametrów technicznych, układ funkcjonalny budynku - pod warunkiem, że parametry charakterystyczne zachowają swoją wielkość przed budową. Parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości wyrażone w jednostkach miary czy wagi elementów użytkowych takich jak dach, okna, drzwi, schody oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji, czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu." Analogiczne stanowisko wyraził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 9 grudnia 2016 r., II SA/GI 747/16: „Ustawodawca nie definiuje pojęcia rozbudowy, ale pomocnym dla ustalenia treści tego pojęcia może być definicja przebudowy zawarta w art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202). Przebudowa to "wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Przebudowa, jak można zauważyć, nie powoduje zmiany podstawowych parametrów istniejącego obiektu budowlanego (kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji), nie stanowi budowy w znaczeniu przyjętym w art. 3 pkt 6 ustawy - Prawo budowlane. Jeśli prowadzone roboty budowlane powodują zmianę tych podstawowych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, to uznać trzeba je za rozbudowę."

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazał i podkreślił, że zarówno w wykazie robót budowlanych jak i w załączonej do wykazu referencji podano jedynie łączną wartość robót budowlanych polegających na rozbudowie i przebudowie istniejącego budynku Urzędu Gminy w Zduńskiej Woli, bez wskazania ile wynosiła wartość samej rozbudowy a ile wartość samej przebudowy. Łączna wartość ww. robót budowlanych wynosi 3.242.469,51 zł brutto, zatem niewiele więcej niż wymagane w warunku udziału minimum, tj. 3.000.000,00 zł brutto. Wobec braku zarówno w wykazie jak i w załączonej do wykazu referencji informacji na temat wartości robót budowlanych polegających na rozbudowie istniejącego budynku Urzędu Gminy w Zduńskiej Woli (tj. na dobudowie trzykondygnacyjnego budynku) nie sposób uznać, że wykonawca P. wykazał, że spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że wartość robót budowlanych polegających na przebudowie istniejącego budynku Urzędu Gminy w Zduńskiej Woli jest na tyle duża, że wartość robót budowlanych polegających na dobudowie trzykondygnacyjnego budynku jest mniejsza niż wymagane w warunku minimum, tj. 3.000.000,00 zł brutto. Na podstawie informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę P. nie sposób jednoznacznie tego rozstrzygnąć. W związku z powyższym, w odniesieniu do wykonawcy P. zachodzi przesłanka do wykluczenia z postępowania, określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista - to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek wykluczyć go z postępowania. W świetle ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, nie ma też żadnego domniemania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO 2220/12, wyrok z dnia 2 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12, wyrok z dnia 8 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 100/19, wyrok KIO z dnia 20 września 2018 r. o sygn. akt KIO 1781/18.

Odwołujący podkreślił, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie ma żadnego znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego warunki i nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego



sposób. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwołujący stwierdził, że wykonawca P. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie nie wykazał, że:

- 1) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 2 000.000,00 zł,
- 2) wykonał co najmniej 2 roboty budowlane o wartości zamówienia co najmniej 3.000.000,00 zł brutto każda, polegające na budowie budynku użyteczności publicznej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P. jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, stwierdzić należy co następuje. Zarzut ten stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w S1WZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający nie powinien przyznać ofercie złożonej przez wykonawcę P. jakichkolwiek punktów w ramach kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” jak i powinien wykluczyć wykonawcę P. z postępowania z szeregu względów, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert.

Odnosnie postawionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy P. do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że powyższy zarzut postawił z ostrożności i wyłącznie na wypadek, gdyby Izba uznała, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy P. z postępowania. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia, jeżeli mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Tak jest właśnie w niniejszej sprawie, gdyż niezależnie od tego, czy wykonawca P. uzupełni wskazane poniżej oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy nie, to i tak będzie podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co zostało wykazane powyżej, a tym samym jego oferta zostanie uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Dlatego też z ostrożności i wyłącznie na wypadek, gdyby Izba uznała, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy P. z postępowania, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nie wezwał wykonawcy P. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia:

- 1) oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 2 000.000,00 zł,
- 2) oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału dotyczącego doświadczenia, tj. wykonania co najmniej 2 robót budowlanych o wartości zamówienia co najmniej 3 000 000,00 zł brutto każda, polegających na budowie budynku użyteczności publicznej.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy P. na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) wezwanie Zamawiającego skierowane do wykonawcy P. w dniu 16 października 2019 r. oraz w dniu 29 października 2019 r. oraz odpowiedź wykonawcy P. z dnia 21 października oraz 4 listopada 2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów przez wykonawcę P.; (iv) wniosek o udzielenie informacji w trybie dostępu do informacji publicznej z dnia 21 listopada 2019 r. skierowane do Gminy Zduńska Wola oraz odpowiedź z dnia 4 grudnia 2019 r. na okoliczność

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa Przedszkola w Sędziejowicach.

Zamawiający w pkt 6) ppkt 3.1. SIWZ wskazał, iż: „Stosownie do zapisów art 24aa ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.”

W pkt 13) ppkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż: „Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

- a) „Łączna cena ofertowa brutto” - C;
- b) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika budowy lub inspektora nadzoru budowy” - DB;
- c) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót sanitarnych” - DS;
- d) „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” - DE "

Oдноśnie kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” w pkt 13) ppkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał:

„Doświadczenie personelu kluczowego - kierownik robót elektrycznych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – waga 10%, maksymalna liczba punktów 10 – wg. następującej skali punktowej:

Pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych, przy budowie budynku użyteczności publicznej o wartości całego zamówienia minimum 3 000 000.00 zł brutto każde:

- 0 zamówień - DE = 0 pkt
- 1 zamówienie - DE = 5 pkt
- 2 zamówienia - DE = 10 pkt

Z kolei w pkt 6) ppkt 3.1. lit. c) SIWZ Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

„c) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 5. 1. 2) pkt. c) ppkt ii niniejszego SIWZ oraz w celu potwierdzenia spełniania kryterium oceny oferty, o którym mowa w pkt. 13. 2. b, c, d niniejszej SIWZ. wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, (wg załącznika nr 7 do SIWZ)".

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5) ppkt 1.2) lit. b) SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: „b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 2 000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych). UWAGA! W przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia wspólnie przez dwóch lub więcej Wykonawców warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą łącznie spełnianie ww. warunku.

W przypadku wskazania przez Wykonawcę, w celu wykazania spełniania warunków udziału, waluty inna niż polska (PLN), w celu jej przeliczenia stosowany będzie:

- średni kurs NBP na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych;
- średni kurs NBP z pierwszego dnia roboczego poprzedzającego dzień opublikowania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli dniem opublikowania ogłoszenia jest sobota."

W pkt 6) ppkt 3.1. lit. a) SIWZ Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: „informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 5.1. 2) pkt. b) niniejszego SIWZ. wystawioną w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert".

Izba dalej ustaliła, że Zamawiający w pkt 5) ppkt 1.2) lit. c) SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: „zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że” i. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane o wartości zamówienia co najmniej 3 000 000,00 zł brutto każda, polegające na budowie budynku użyteczności publicznej oraz wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie pompy ciepła o mocy znamionowej co najmniej 60 kW każda."

W pkt 6) ppkt 3.1. lit. b) SIWZ Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: „b) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. 5. 1. 2) pkt c) ppkt. i niniejszego SIWZ, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie, z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane,

a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty (wg załącznika nr 6 do SIWZ)".

Zgodnie z pismem z dnia 9 października 2019 r. w postępowaniu złożono 4 oferty. Wykonawca P. zaoferował cenę brutto za realizację zamówienia w wysokości 11 868 024.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 16 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę P. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 21 października 2019 r., wykonawca P. złożył m.in. wykaz stanowiący Załącznik nr 7. W treści załącznika wykonawca P. wskazał na stanowisko kierownika robót elektrycznych pana H. W., a jego doświadczenie opisał w następujący sposób: „Funkcja kierownika robót elektrycznych przy

- Budowie sali gimnastycznej — Zespół Szkół w Marchwaczu i Radliczycach
- Budowie bud. mieszkalnego wielorodzinnego z infrastrukturą — Sieradz”.

Wykonawca P. nie wskazał w treści załącznika wartości powyższych inwestycji.

Wykonawca P. złożył również dwa zaświadczenia banku Santander Bank Polska S.A., jedno z 21 października 2019 r. i drugie z 22 października 2019 r. W pierwszym z ww. zaświadczeń odnośnie wykonawcy P. wskazano, że: posiada papiery wartościowe w Biurze Maklerskim Santander o wartości 207 505,66 PLN. Natomiast w drugim z ww. zaświadczeń odnośnie wykonawcy P. wskazano, że: posiada w oddziale w Sieradzu środki na rachunkach bankowych w wysokości 1 803 919,00 (jeden milion osiemset trzy tysiące dziewięćset dziewięćnaście 00/100 PLN) aktualna wartość rejestrów uczestnika w Funduszach Inwestycyjnych Santander wynosi 223,152,00 dwieście dwadzieścia trzy tysiące sto pięćdziesiąt dwa 00/100 PLN ).

Wykonawca P. złożył również wykaz robót budowlanych zawierający cztery pozycje, załączając do niego referencje i inne dokumenty. Pozycja trzecia i czwarta wykazu dotyczyły budowy pompy ciepła, pozycja druga - budowy budynku przedszkola pasywnego wraz z pompami ciepła w Widawie, wreszcie pozycja pierwsza - rozbudowy i przebudowy istniejącego budynku Urzędu Gminy w Zduńskiej Woli. W zakresie tej ostatniej inwestycji wykonawca P. wskazał, iż jej łączna wartość ww. robót budowlanych wynosi 3.242.469,51 zł brutto.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę P. do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez dostarczenie dokumentów potwierdzających, że pan H. W. wskazany w Załączniku Nr 7 do SIWZ jako kierownik robót elektrycznych,

skierowany do realizacji zamówienia publicznego pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych przy zadaniach: (i) „Budowa sali gimnastycznej — Zespół Szkół w Marchwaczu i Radliczycach”; (ii) „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z infrastrukturą — Sieradz”, wraz z określeniem całkowitej wartości każdego z powyższych zamówień — zgodnie z wymaganiami SIWZ”.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca P. pismem z dnia 4 listopada 2019 r. przedstawił nowy wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazana została inna osoba niż w wykazie złożonym pierwotnie, tj. pan Z. N. Doświadczenie pana Z. N. zostało opisane w wykazie w następujący sposób:

„Pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych przy

- budowa budynku usługowo-handlowego z częścią mieszkalną - 4 200 000,00 zł brutto
- budowa bud. usługowo handlowego wraz z przyłączeniami i urządzeniami technicznymi w Sieradzu 315 000,00 zł brutto”.

Do wykazu wykonawca P. załączył m.in. dokument potwierdzający, że pan Z. N. pełnił funkcję robót elektrycznych przy ww. zadaniach.

Izba ustaliła, że ocena doświadczenia pana Z. N. została dokonana przez Komisję Przetargową na posiedzeniu w dniu 7 listopada 2019 r. Komisja Przetargowa uznała, że: „Z uwagi na niedookreślony przez Wystawcę referencji z dnia 30.10.2019 r. dla kierownika robót elektrycznych p. Z. N. wystawionych przez firmę Grafit Sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu, zakres wykonanych robót dotyczących części usługowo — handlowej kwalifikowalnej jako „budynku użyteczności publicznej” zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065) i części mieszkalnej, a w konsekwencji braku możliwości tegoż zweryfikowania na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, Komisja przetargowa nie uznaje doświadczenia kierownika robót w tym zakresie, co skutkuje obniżeniem pierwotnie przyznanej punktacji na podstawie kryterium oceny ofert określonych w dziale 13 SIWZ — w zakresie doświadczenia personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” (cytat za protokołem z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 7 listopada 2019 r.)

Izba ustaliła, że z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18 listopada 2019 r. oferta wykonawcy P. otrzymała łącznie 95 pkt, natomiast oferta złożona przez Odwołującego łącznie 92,39 pkt. Oferta wykonawcy P. w kryterium „Doświadczenie personelu kluczowego - kierownika robót elektrycznych” otrzymała 5 punktów.

***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

**Zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp**

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocena ofert wykonawców w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów nie może być dowolna. Zamawiający w tym zakresie związany jest bowiem brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Co do zasady więc podczas oceny oferty danego wykonawcy nie może dojść do jej modyfikacji ani z inicjatywy Zamawiającego, ani wykonawcy, z wyjątkiem przypadków określonych przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W rozpatrywanej sprawie, Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia Załącznika nr 7 tj. oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp – Wykaz osób. Wykaz ten pełnił podwójną funkcję. Po pierwsze stanowił oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5.1 2) ppkt ii SIWZ. Po drugie, Zamawiający wymagał wskazania w wykazie doświadczenia osób w celu jego oceny zgodnie z rozdziałem 13.3 SIWZ. Tym samym ocena prawna powyższego wykazu musi być dokonana w dwóch płaszczyznach tj. w kontekście możliwości zmiany informacji zwartych w wykazie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w kontekście wpływu takiej zmiany na treść oferty wykonawcy, a więc potencjalnego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że ww. sytuacji za dopuszczalne uznać należy wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów koniecznych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż obowiązujące przepisy ustaw

Pzp umożliwiają potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, także po dniu składania ofert, np. w drodze procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, o ile wykonawca wykaże, iż dysponował daną osobą czy doświadczeniem na dzień złożenia oferty. Natomiast, odrębną od kwalifikacji podmiotowej, jest ocena ofert pod względem przedmiotowym prowadząca do wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Dokumenty złożone w trybie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają ocenie w kryteriach oceny ofert. Inny słowy na podstawie uzupełnionych dokumentów wykonawca nie może otrzymać dodatkowych punktów, gdyż prowadziłoby to do niedozwolonej zmiany treści oferty wykonawcy. Tym samym, o ile w okolicznościach niniejszej sprawy za dopuszczalne należy uznać uwzględnienie kwalifikacji kolejnej osoby wskazanej przez wykonawcę P. w wykazie stanowiącym Załącznik nr 7, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunku podmiotowego), to jednak brak jest podstaw do oceny doświadczenia tej kolejnej osoby w celu przyznania określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert. Działanie takie byłoby nieuprawnione. Należy bowiem oddzielić w okolicznościach niniejszej sprawy ocenę kwalifikacji zawodowych kierownika robót elektrycznych w kontekście wymogu wskazanego w pkt 5.1 2) ppkt ii SIWZ od oceny doświadczenia tej osoby w świetle zapisów pkt 13.3 SIWZ. Z uwagi na okoliczność, iż doświadczenie kierownika robót elektrycznych podlega ocenie w kryterium pozacenowym i stanowi tym samym treść oferty wykonawcy nie ma możliwości jego uzupełnienia czy zamiany po terminie składania ofert. Prowadziłoby to bowiem do zmiany treści oferty niewątpliwie z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Uzupełnienie takich informacji czy ich zmiana po terminie składania ofert prowadziłoby to ukształtowania zupełnie nowej treści oferty wykonawcy, która nie była pierwotnie wskazana w ofercie, skutkującej ewentualnym przyznaniem dodatkowych punktów. Taka zmiana ma charakter istotny, a tym samym jest niedopuszczalna po terminie składania ofert.

Tym samym Zamawiający przyznając wykonawcy P. dodatkowe 5 punktów w kryterium oceny ofert wskazanego w pkt 13.3 SIWZ – kierownik robót elektrycznych naruszył art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Nowa osobą wskazana przez wykonawcę P. mogła być oceniona przez Zamawiającego wyłącznie w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1 pkt 2) ppkt c) ppkt ii SIWZ tj. posiadania odpowiednich uprawnień. Doświadczenie zaś nowo wskazanej osoby na funkcję kierownika robót elektrycznych nie może być ocenione zgodnie z Rozdziałem 13.3 SIWZ, gdyż stanowiłoby ocenę nowych istotnych informacji dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, które to informacje nie były pierwotnie zawarte w treści oferty.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp



Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, które nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W analizowanej sprawie, Izba uznała, że wykonawca P. nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5) ppkt 1.2) lit. b) SIWZ dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Dokumenty złożone przez wykonawcę P. na potwierdzenie posiadania środków finansowych na kwotę 2.000.000 zł nie potwierdziły takich okoliczności.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 22c ustawy Pzp Zamawiając ma prawo określić w SIWZ wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. Katalog elementów sytuacji finansowej i ekonomicznej, które mogą podlegać badaniu w świetle art. 22c ustawy Pzp jest otwarty, jednakże swoboda zamawiającego w określaniu warunków doznaje ograniczenia na skutek sprecyzowania zakresu dokumentów, z których może korzystać w celu badania tych warunków. Zakres dokumentów, jakich zamawiający może zażądać w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wynika z § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „**Rozporządzenie w sprawie dokumentów**”). Katalog ten ma charakter zamknięty. Jednym z dokumentów jaki zamawiający może żądać od wykonawców jest informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Z takiej możliwości skorzystał Zamawiający w niniejszym postępowaniu, wymagając od wykonawcy wykazania, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 2 000.000,00 zł.

Zamawiając nie zdefiniował w SIWZ pojęcia środków finansowych. Zamawiający uznając, iż wykonawca P. wykazał spełnienie omawianego warunku odwołał się do definicji środków finansowych zawartej w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2019 r. poz. 659). Ustawa ta definiuje środki finansowe jako środki pieniężne oraz środki niepieniężne o wiarygodnie określonej wartości i stopniu płynności umożliwiającym niezwłoczne pokrycie ryzyka lub straty środkami pieniężnymi uzyskanymi z tych środków niepieniężnych. Zamawiający uznał, że papiery wartościowe i jednostki uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych wyczerpuje termin „środki finansowe”.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Po pierwsze wskazać należy, że o ile definicja zawarta w ustawie o usługach płatniczych może służyć jako dodatkowe źródło dla interpretacji pojęcia niezdefiniowanego w SIWZ przez Zamawiającego, o tyle pojęcie to zostało błędnie zaimplementowane przez Zamawiającego w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający zupełnie pominął okoliczność, że przywołana przez niego definicja stawia szereg wymagań dotyczących uznania danych środków niepieniężnych za środki finansowe. Zamawiający w

sposób bezpodstawny wywodzi na podstawie definicji środków finansowych, iż papiery wartościowe i jednostki uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych zaliczyć należy do środków niepieniężnych o wiarygodnie określonej wartości i stopniu płynności umożliwiającym niezwłoczne pokrycie ryzyka lub straty środkami pieniężnymi uzyskanymi z tych środków niepieniężnych. Zamawiający zupełnie pomija jednak fakt, że ustawa o usługach płatniczych nie zawiera definicji papierów wartościowych. Definicja ta została zawarta w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2018 r. poz. 2286), w której ustawodawca wskazał, że papiery wartościowe akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego jak i inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych w lit. a, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego, odnoszące się do papierów wartościowych, walut, stóp procentowych, stóp zwrotu, towarów oraz innych wskaźników lub mierników (prawa pochodne). Jednostki zaś uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych zostały zaliczone do instrumentów finansowych w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustaw o obrocie instrumentami finansowymi.

Zaświadczenie przedstawione przez wykonawcę P. nie wskazuje jakie konkretnie papiery wartościowe są zapisane na rachunku wykonawcy.

Dalej wskazać należy, że z definicji środków finansowych na jaką powołał się Zamawiający wynika, że środki niepieniężne, aby mogły być uznane za środki finansowe muszą się charakteryzować wiarygodnie określoną wartością i stopniu płynności umożliwiającym niezwłoczne pokrycie ryzyka lub straty środkami pieniężnymi uzyskanymi z tych środków niepieniężnych. W tym zakresie Zamawiający skonstatował jednozdaniowo, że papiery wartościowe i jednostki uczestnictwa spełniają przesłanki wskazane w ustawie o środkach płatniczych. Zamawiający ponownie zaś pomija fakt, że elementem koniecznym dla uznania danego środka niepieniężnego za środek finansowy jest możliwość przypisania mu płynności umożliwiającej niezwłoczne pokrycie ryzyka lub strat. Konieczne jest więc ustalenie płynności danego papieru wartościowego. Pomijając w tym miejscu skompilowanie zagadnienie płynności papierów finansowych na rynku, to oświadczenia złożone przez wykonawcę P. nie określa jakiego rodzaju papiery wartościowe są zapisane na jego rachunku, a tym samym nie sposób podjąć nawet próby określenia poziomu ich płynności. W ocenie Izby, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że papiery wartościowe zapisane na rachunku maklerskim wykonawcy P. charakteryzują się taką płynnością, która umożliwia niezwłoczne

pokrycie ryzyka lub strat środkami pieniężnymi uzyskanymi z tych środków niepieniężnych. Nawet więc gdyby zastosować zaproponowaną przez Zamawiającego definicję „środków finansowych”, to sam Zamawiający dokonał błędnej interpretacji tej definicji do okolicznościach niniejszej sprawy.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że ustawodawca nie zdefiniował w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów pojęcia „środków finansowych”. Jak Izba wskazała powyżej, również Zamawiający nie sprecyzował w żaden sposób w SIWZ jak należy rozumieć pojęcie „środków finansowych”. Izba wielokrotnie wskazywała, w przypadku braku dookreślenia przez Zamawiającego danego pojęcia w SIWZ, należy mu nadać znaczenie potoczne, powszechnie przyjęte. W przypadku pojęcia „środków finansowych”, Izba stoi na stanowisku, iż każdorazowo chodzi tutaj o zdolność finansową rozumianą jako możliwość dysponowania środkami pieniężnymi, czego nie można utożsamiać ze sferą majątkową wykonawcy. Jednostki uczestnictwa reprezentujące prawa majątkowe uczestnika funduszu inwestycyjnego czy papiery wartościowe zapisane na rachunku maklerskich nie są tożsame ze środkami pieniężnymi. Stąd złożenie informacji pochodzącej od Banku stwierdzającej stan jednostek uczestnictwa nie potwierdza zdolności finansowej. Podobnie Izba stoi na stanowisku, że papiery wartościowe dotyczą sfery majątkowej wykonawcy i nie są *stricto* środkami pieniężnymi pozostającymi w dyspozycji wykonawcy. Jak zostało wskazane powyższej płynność papierów wartościowych zależy od ich rodzaju, płynności giełdy na której są one notowane, jak i wielu innych czynników, o których Zamawiający nie musi mieć wiedzy. Dlatego też dopuszczenie możliwości oceny zdolności finansowej wykonawcy w oparciu o papiery wartościowe zapisane na jego rachunku maklerskim jest bardzo ograniczone. Możliwość taką mógłby dopuścić Zamawiający w SIWZ, jednakże wymagałoby to sprecyzowania zarówno co do rodzaju papierów wartościowych jak i ich płynności. Takich zapisów Zamawiający jednakże nie wprowadził w SIWZ. Zastosowana zaś przez niego definicja „środków finansowych” z ustawy o usługach płatniczych została błędnie zinterpretowana.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wykonawca P. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W związku z tym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba uznała również, że wykonawca P. nie spełnienia warunku udziału w postępowania określonego w pkt 5) ppkt 1.2) lit. c) SIWZ tj. warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Spór pomiędzy stronami w zasadniczej części sprowadzał się do interpretacji SIWZ.

Nie ulega, w ocenie Izby, wątpliwości, że z pkt pkt 5) ppkt 1.2) lit. c) SIWZ wynika, iż wykonawca miał obowiązek wykazać, iż posiada doświadczenie w wykonaniu 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 3 000 000 brutto każda polegającej na budowę budynku użyteczności publicznej. Roboty budowlane miały zatem polegać na wykonaniu budowy budynku użyteczności publicznej. Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „budowy”. Za zasadne Izba uznała posłużenie się posłankowo definicjami zawartymi w ustawie Prawo budowlane (tj. z dnia 21 maja 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) (dalej „**Prawo budowlane**”). Zapisy SIWZ kierowane są bowiem do profesjonalistów w dziedzinie robót budowlanych, co czyni zasadnym przypisanie znaczenia pojęć niezdefiniowanych w SIWZ w sposób określony przez ustawodawcę w przepisach regulujących wykonywanie robót budowlanych.

Ustawodawca w art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo budowlane zdefiniował pojęcie „budowa” wskazując, iż należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawodawca wskazał, przez pojęcie roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, zaś w art. 3 ust. 1 pkt 7a wskazał, że przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji;

Tym samym przebudowa obiektu budowlanego nie została włączona w zakres definicji „budowy”. Stanowi ona zgodnie z przywołanymi definicjami odrębną kategorię robót budowlanych.

Jak wskazuje się w doktrynie przebudowa polega na wykonywaniu prac (robót budowlanych), których skutkiem jest zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, pod warunkiem że zmiana taka nie dotyczy parametrów charakterystycznych, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Należy podkreślić, że przebudowa została wyłączona z pojęcia "budowy" ze względu na wymienioną powyżej cechę. Wyróżnikiem prac składających się na budowę jest bowiem powstanie nowej substancji budowlanej w znaczeniu "zmiany charakterystycznych parametrów danego obiektu" – np. wykonanie nadbudowy nowej kondygnacji lub zwiększenie kubatury obiektu. W przypadku przebudowy może zmienić się poprzez zmianę np. parametrów technicznych układ funkcjonalny budynku, ale pod warunkiem że "parametry charakterystyczne" zachowają wielkość sprzed przebudowy (tak m.in. Prawo budowlane. Komentarz red. prof. zw. dr hab. Zygmunt Niewiadomski, Tomasz Asman, Jędrzej Dessoulavy-Śliwiński, Elżbieta Janiszewska-Kuropatwa, Alicja Plucińska-Filipowicz, Jerzy Siegień).

Tym samym uznać należy, że ustawodawca w sposób wyraźny rozróżnia prace budowlalne polegające na budowie obiektu budowlanego od prac budowlanych polegających na przebudowie. Zamawiający w treści SIWZ odwołał się wyłącznie do budowy obiektu, nie zaś przebudowy. Nie dał wyrazu w jakikolwiek inny sposób, iż pojęcie budowy winno być odmiennie interpretowane niż we wskazanych powyższej przepisach Prawa budowlanego. Przyjęcie na potrzeby oceny doświadczenia wykonawcy P. rozumienia pojęcia „budowy” obiektu użyteczności publicznej w sposób odmienny niż wynikający z przepisów ustawy Prawo budowlane jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Stanowi próbę sanowania nieprawidłowości w dokumentacji złożonej przez wykonawcę P.. Pomimo, iż Zamawiający nie referuje w SIWZ do przepisów prawa budowlanego, to w ocenie Izby, zasadne jest posługiwanie jest definicjami zawartymi w tej ustawie. Jest ona bowiem adresowana właśnie do takich profesjonalnych podmiotów jak wykonawca P. jak również sam Zamawiający winien zna jej zapisy organizując przetarg na realizację robót budowlanych. Zamawiający nie wykazał również w żaden sposób, iż na rynku usług budowlanych pojęcie „budowy” obiektu obejmuje swoim zakresem także jego przebudowę.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wykonawca P. nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia. Jak wynika bowiem z dokumentów złożonych przez Odwołującego, inwestycja realizowana na rzecz Gminy Zduńska Wola składała się z dwóch etapów. Etap I obejmował rozbudowę i jego wartość wynosił 2 251 501,31 zł. brutto, a więc było to wartość niższa niż wymagana przez Zamawiającego. Etap II inwestycji obejmował przebudowę Urzędu. Ponieważ jak Izba wskazał powyżej, przebudowa obiektu budowlanego nie mieści się w pojęciu „budowy”, wartość inwestycji Etapu II nie może być wliczona do wartości Etapu I.

Tym samym wykonawca P. podlega wykluczeniu z postępowanie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5) ppkt 1.2) lit. c) SIWZ.

Izba uznała, że wezwanie wykonawcy P. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów byłoby bezprzedmiotowe, z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż jak wykazało postępowanie, oferta Odwołującego niebyła by ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (1) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; (2) złożenie takich informacji przez wykonawcę było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa; oraz (3) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Obowiązkiem zaś wykonawcy składającego odwołanie na czynności zamawiającego jest wykazanie w toku postępowania odwoławczego, okoliczności potwierdzających wszystkie trzy przesłanki konieczne do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

W niniejszym postępowaniu to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, iż wykonawca P. składając ofertę złożył oświadczenia bądź dokumenty, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jednakże w toku postępowania odwoławczego Odwołujący takich okoliczności nie wykazał. Argumentacja Odwołującego opierała się na twierdzeniu, że skoro wykonawca P. dokonał zmiany osoby wskazanej w załączniku nr 7 na kierownika robót elektrycznych to uznać należy, że przekazał pierwotnie Zamawiający informacje nieprawdnie, błędne co do zakresu doświadczenia osoby wskazanej w wykazie, a tym samym spełniona została przesłanka wymagana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba nie podziela poglądu Odwołującego. Skuteczne i prawidłowe zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga w pierwszej kolejności wykazania, że wykonawca przekazał Zamawiający nieprawdziwe, błędne informacje w dokumentacji ofertowej. Odwołujący tą okoliczność wywodzi wyłącznie z faktu zamiany osoby pierwotnie wskazanej w wykazie na inną. Odwołujący nie przeprowadził jednak dowodu na wykazanie, iż osoba wskazana pierwotnie w wykazie nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Powody uzasadniające zmianę osoby pierwotnie wskazanej w wykazie na inną mogą być różne. Nie można wykluczyć, że osoba ta zrezygnowała z pełnienia funkcji, co zmusiło wykonawcę do wskazania innej osoby lub zaszły inne okoliczności wymuszające zmianę. Za nieuprawnione i zbyt daleko idące byłoby przyjęcie za prawdziwe twierdzenie Odwołującego, iż poprzez usunięcie z wykazu pierwotnie wskazanej osoby i wprowadzenie nowej osoby doszły niejako automatycznie do podania przez wykonawcę informacji nieprawdziwych. Zasadność wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga wykazania ponadto wszelką wątpliwość, że wykonawca złożył informacje nieprawdziwe, błędne. Takich okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał. Czynności podejmowane przez wykonawcę P. w toku postępowania mogą stanowić jedynie początek dowodu na wykazanie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie zaś samodzielną podstawę do przejęcia za udowodnioną okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji.

Nie wykazał również Odwołujący, iż wykonawca P. przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje co do doświadczenia pana Z. N. Odwołujący upatrywał podstawy zastosowania wobec wykonawcy P. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w tym, iż Zamawiający przyznał wykonawcy P. 5 punkt za doświadczenie kierownika robót elektrycznych, a nie 10 pkt. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oświadczenie złożone przez wykonawcę P. w zakresie pana Z. N. było nieprawdziwe, bowiem wykonawca wskazał inwestycje, które nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Z przywołanego przez Odwołującego protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 7 listopada 2019 r. wynika wyłącznie, iż Zamawiający nie mógł w sposób jednoznaczny ustalić na podstawie złożonych

przez wykonawcę referencji firmę Grafit sp. z o.o. i dokumentów zakresu wykonanych robót dotyczących części usługowo – handlowej kwalifikowanej jako „budynek użyteczności publicznej” przez kierownika robót elektrycznych, co skutkowało brakiem przyznania punktów w tym kryterium. Z treści protokołu w żaden sposób nie wynika, że Zamawiający ustalił, iż wykonawca P. przekazał informacje nieprawdziwe. Sam Odwołujący nie przeprowadził w tym zakresie żadnego dowodu na wykazanie, iż rzeczywiście doszło do podania przez wykonawcę P. informacji nieprawdziwych tj. nie wykazał, że informacje zwarte w wykazie w zakresie doświadczenia p. Z. N. są nieprawdziwe. Brak możliwości pełnej weryfikacji przez Zamawiającego zakresu doświadczenia pana Z. N. nie może być automatycznie uznane za podanie nieprawdziwych informacji. Tym samym w ocenie Izby nie ziszcila się przesłanka konieczna do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. Odwołujący nie wykazał, które informacje wskazane przez wykonawcę P. w odniesieniu do pana Z. N. są nieprawdziwe.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

**Przewodniczący:** .....