

WYROK
z dnia 28 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę STING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Olszewo - Borki

przy udziale wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo - Borki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olszewie - Borkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Olszewo - Borki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo - Borki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olszewie - Borkach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Olszewo - Borki na rzecz odwołującego STING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 24 459 zł 84 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu do odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Olszewo - Borki (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa niskoemisyjnego budynku przedszkola wraz ze szkołą podstawową i przyszkolną halą sportową w Olszewie-Borkach – etap I” (nr ref. RIGKiD.271.27.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 1 51-431119 Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 12 grudnia 2022 r. wykonawca STING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo - Borki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „ZGK” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 63 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) poprzez zaakceptowanie niepodpisanych skanów dokumentów i odstąpienie od odrzucenia oferty wykonawcy ZGK, który nie złożył m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, w formie elektronicznej;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Przystępującego do przesłania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD) dla podmiotu użyczającego zasobów;
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który nie przedstawił wraz z ofertą wymaganych przez SWZ dokumentów, a w konsekwencji, który nie udowodnił, by spełniał wymagania określone treścią SWZ w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz doświadczenia;
4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaakceptowania oferty niekompletnej, złożonej w sposób skrajnie wadliwy;

5. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ZGK jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert i odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego, według norm prawem przypisanych, zgodnie z przedłożonym podczas rozprawy rachunkiem.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż jedynym udziałowcem wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, jest Zamawiający. Zdaniem Odwołującego w toku badania i oceny ofert Przystępujący otrzymał zbyt wiele preferencji i „pomocy” ze strony Zamawiającego, który w sposób bezprecedensowy faworyzował jego spółkę. Podniósł, iż oferta Przystępującego nie była kompletna, Przystępujący powoływał się w treści formularza ESPD na użyczenie zasobów przez podmiot trzeci, jednak nie dołączył do oferty ani Zobowiązania o oddaniu zasobów (Załącznik nr 3 do SWZ), ani ESPD dla podwykonawcy/podmiotu użyczającego zasoby. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wezwał ZGK w trybie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do złożenia aktualnego na dzień 5 września 2022 r. dokumentu ESPD dla podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający zauważył bowiem, że dokument taki nie został dołączony do oferty. Zgodnie z wezwaniem, formularz miał zostać wniesiony do dnia 26 września 2022 r. do godz. 9.00. (Zamawiający nie wzywał przy tym do przesłania Załącznika nr 3 Zobowiązania o oddaniu zasobów, który także miał być złożony wraz z ofertą). W wiadomości z dnia 26 września 2022 r., godz. 8:36, Przystępujący uzupełnił braki w żądanym zakresie, przesyłając do Zamawiającego plik o nazwie „JEDZ – C.K.PDF”. Dokument ten został jednak podpisany jedynie podpisem własnoręcznym (odręcznym), tj. stanowił skan dokumentu sporządzonego w formie pisemnej. W Części I dokumentu podano, że dotyczy on postępowania nr „RIGKID.271.16.2022”. Weryfikacja podpisu pliku z ww. dokumentem nie potwierdza, by został on podpisany podpisem elektronicznym (Odwołujący złożył jako dowód wydruk elektronicznego poświadczenia weryfikacji). Odwołujący wskazał, iż dostrzegając prawdopodobnie ww. błąd, pismem z dnia 28 września 2022 r. Zamawiający po raz ponowny wezwał ZGK do przedłożenia poprawnych formularzy ESPD – tak dla siebie, jak i dla podmiotu udostępniającego zasoby, „na prawidłowym formularzu”, dotyczącym tego postępowania. W piśmie tym zwrócono także uwagę Wykonawcy na poprawną formę dokumentu, w jakim formularz ESPD ma być złożony. W odpowiedzi na ww. wezwanie, będące dla podmiotu udostępniającego zasoby już drugim wezwaniem do przedłożenia

poprawnego dokumentu ESPD, przedłożono dwa pliki o nazwie „JEDZ.ZDK.pdf” oraz „JEDZ K.C..pdf”. Dokumenty te złożono już w formie elektronicznej.

Następnie Odwołujący podniósł, iż dopiero po otrzymaniu ww. formularzy, Zamawiający pismem z dnia 12 października 2022 r., wezwał Wykonawcę do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie, Przystępujący przesłał jeden dokument w formacie pdf o nazwie „Załączniki.pdf”. W udostępnionych skarżącemu dokumentach z postępowania został on nazwany przez Zamawiającego jako „Uzupełnienie z dnia 25.10.2022 r.” Weryfikacja podpisu pliku z ww. dokumentem nie potwierdza, by został on podpisany podpisem elektronicznym – wygląda on na skan przygotowanych uprzednio dokumentów i oświadczeń, sporządzonych w formie pisemnej. W przesłanym do Zamawiającego pliku umieszczono skan m.in: 1. Wykazu robót budowlanych – podpisany tak przez Wykonawcę, jak i podmiot udzielający potencjału; 2. Referencje wystawione przez Andrzeja Wezner oraz Waldemara Giers; 3. Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (W.O., Ł.C., W.O.) – „podpisany” przez Wykonawcę oraz Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, z własnoręcznym podpisem podmiotu udzielającego potencjału (W.O.), wraz z informacją na temat uprawnień zawodowych ww. osób; 4. Opinię bankową z dnia 24 października 2022 r. wskazującą, że na dzień 1 września 2022 r. Klient posiada „perspektywiczną zdolność kredytową do kwoty 5 000 000 zł”; 5. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego; 6. Oraz (także w kserokopii), wymagane oświadczenia o aktualności danych. Odwołujący złożył jako dowód wydruk elektronicznego poświadczenia weryfikacji podpisu.

Odwołujący zauważył, iż pomimo błędnej formy przesłanych dokumentów, Zamawiający dokonał ich merytorycznej oceny i pismem z dnia 8 listopada 2022 r. wezwał do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnień, wskazując na szereg uchybień, a to m.in., że: 1. nie przedłożono zobowiązania Firmy Usługowo – Budowlanej K.C. do udostępnienia zasobów wykonawcy; 2. nie podano w Wykazie robót budowlanych miejsca ich realizacji oraz nie doprecyzowano rodzaju i zakresu wykonywanych robót, co było wymogiem SWZ; 3. treść referencji powołuje się na roboty wykonane w innych lokalizacjach; 4. nie podano kompletnych informacji o uprawnieniach osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz dowodów potwierdzających ich doświadczenie; przedłożona opinia z banku nie jest jednoznacznym potwierdzeniem, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na wymaganą kwotę; 6. załącznik nr 7 Wykonawcy i Podwykonawcy jest błędnie sporządzony. Korygując powyższe uchybienia, Przystępujący konsekwentnie, w formie skanu, przedstawił trzy pliki pdf o nazwie „Dokumenty1”, „Dokumenty2” i „Dokumenty3”. W plikach tych przesłano zobowiązanie podmiotu trzeciego - w zakresie użyczenia kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, nowy wykaz robót budowlanych,

referencje zgodne z wykazem usług i robót budowlanych, wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, zmieniającego kierownika budowy, zaświadczenie z banku oraz załącznik nr 7. W dalszym ciągu dokumenty te były jednak wadliwe, tak co do formy, jak i co do treści, dlatego też dokonany przez Zamawiającego wybór skarżący uważa za błędy.

Przedstawiając uzasadnienie prawne dla zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, iż nie wszystkie dokumenty podmiotowe zostały przedłożone w prawem wymaganej formie. Gros z nich to skany dokumentów sporządzonych w formie tradycyjnej, tj. papierowej, bez jakiegokolwiek podpisu elektronicznego. Już tylko pobieżna analiza złożonych dokumentów pozwala na stwierdzenie, iż za wyjątkiem formularza oferty oraz poprawionych (przez podmiot udostępniający potencjału, trzykrotnie, o czym dalej) formularzy ESPD, wszystkie dokumenty to kopie (skany). Wykonawca nie przedłożył wymaganych treścią pkt. VII SWZ oświadczeń i wykazów, a w szczególności – formularza ESPD dla podmiotu użyczającego zasoby, w prawem wymaganej formie. Błąd ten nie jest widoczny w każdym przypadku przy pracy na wydrukowanym dokumencie, gdyż wiele z plików opatrzone jest graficznym symbolem podpisu elektronicznego. To jednak tylko skany dokumentów, które były – w swojej pierwotnej wersji - podpisane elektronicznie, następnie prawdopodobnie wydrukowane z graficznym odwzorowaniem podpisu, a kolejno zeskanowane do jednego pliku. Te przesłane do Zamawiającego nie zatem finalnie są ani „podpisane”, ani „poświadczane za zgodność z oryginałem”, co w całości je w całości dyskwalifikuje z prowadzonego postępowania. Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż skan (odwzorowanie cyfrowe) dokumentu lub jego kserokopia nie jest wiarygodnym dokumentem, jeśli nie zawiera w swej treści identyfikatora pozwalającego na jednoznaczną weryfikację (uzyskanie kopii danego „dokumentu” ze źródła – lecz nie przez osobę dostarczającą kwestionowany dokument, a przez kwestionującego wiarygodność przedłożonego skanu) i nie może być traktowany jako dokument, ponieważ nie posiada cech zapewniających jego autentyczność. Powyższe potwierdza nie tylko przyjętą w zamówieniach publicznych praktyka, lecz przede wszystkim literalna treść ww. przepisów oraz pkt. VII ppkt. 5 SWZ, który wyraźnie cyfrowe odwzorowania dokumentów elektronicznych nakazuje opatrzyć podpisem elektronicznym. W konsekwencji, żadne dokumenty złożone w formie innej niż wyżej wymieniona winny być przez Zamawiającego pominięte w badaniu i ocenie ofert, a sama oferta – odrzucona z uwagi na nieprzedłożenie oświadczeń, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedstawiając uzasadnienie prawne dla zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, iż postanowionego w pkt. II.1 zarzutu w przedmiocie nieprzedłożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w formie elektronicznej – w tym w szczególności nie przedłożenia formularza ESPD dla podmiotu użyczającego zasoby, nie dyskredytuje fakt, iż formularz ten został w końcu przez wykonawcę złożony 29 września. Uzupełniono go

bowiem w ww. dacie po raz trzeci, na ponowne, niedopuszczalne już wezwanie Zamawiającego. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. VII ppkt. 2 2) i 5) SWZ, Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu dla podmiotu udostępniającego potencjału oraz samego Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, którego treść potwierdzałyby, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Takich dokumentów wraz z ofertą Wykonawca nie przedłożył, w związku z czym został wezwany do ich uzupełnienia. Jak wynika z zestawienia ww. korespondencji, pismem datowanym na dzień 13 września 2022 r. (a wysłanym 15 września br.) Zamawiający wezwał Wykonawcę – w trybie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, do złożenia aktualnego na dzień 5 września 2022 r. dokumentu ESPD dla podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający kolejno, pismem z dnia 28 września 2022 r wezwał Wykonawcę po raz ponowny do przedłożenia poprawnego formularza dla podmiotu udostępniającego zasoby. Natomiast, pismem z dnia 8 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o Zobowiązanie Firmy Usługowo – Budowlanej K.C. do udostępnienia zasobów Wykonawcy. Wykonawca został zatem dwukrotnie wezwany do przedłożenia formularza ESPD (fakt bezsporny) i jednokrotnie wezwany do przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Żadne z ww. dokumentów nie zostało Zamawiającemu złożone w prawem wymaganej formie. Formularz ESPD został przesłany w kopii – dopiero za trzecim razem przesłano formularz podpisany, jednak w świetle art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie powinien on być brany pod uwagę, a Przystępujący w ogóle nie powinien otrzymać drugiego wezwania. Zobowiązanie podmiotu trzeciego – w zakresie wymaganego treścią SWZ doświadczenia – w ogóle nie zostało dostarczone. Uzupełniony w kserokopii dokument potwierdza jedynie użyczenie kadry, tj. kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, nie zaś wymaganego doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego brak jest możliwości uznania za poprawny przedłożonego po raz trzeci oświadczenia ESPD. Brak jest także podstaw prawnych dla ponownego wezwania Wykonawcy do przedłożenia zobowiązania do użyczenia zasobów. Z ostrożności wskazał, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek jeden raz wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia JEDZ, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, jeśli dokumenty te nie zostały złożone, są błędne lub niekompletne. Wykonawcy przysługuje zatem jedna szansa na skasowanie braków w tych dokumentach.. Zamawiający nie może skierować wobec wykonawcy wezwania w trybie ww. przepisów więcej niż raz. Jeśli wymagane dokumenty wciąż nie zostały złożone bądź zawierają braki, Zamawiający

jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania. Wielokrotne wzywianie do uzupełnienia tego samego dokumentu naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając zarzut napuszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż nawet hipotetyczne uznanie, iż forma przesłanych dokumentów odpowiada ustawie, to i tak ze względu na merytoryczną treść dokumentów nie można byłoby uznać, by Przystępujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nie wykazał on, by legitymował się niezbędną zdolnością finansową. Zamawiający w pkt. VI. 1. ppkt. 2 SWZ wymagał, by wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na łączną kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 zł. W wykonaniu ww. obowiązku (aczkolwiek w wadliwej formie), wykonawca przedłożył opinię bankową z dnia 24 października 2022 r. z której treści wynikało, iż Spółka posiada „perspektywiczną zdolność kredytową do kwoty 5 000 000 zł”. Zamawiający nie uznał ww. dokumentu za taki, który potwierdzałby posiadaną zdolność i wezwał do przedłożenia poprawnego dokumentu. Ww. wezwanie nie zostało zakwestionowane ani w żaden sposób zaskarżone przez Wykonawcę, a po jego otrzymaniu przesłał do Zamawiającego nowy dokument, tej samej jednak treści. Został on uznany przez Zamawiającego, pomimo, iż nie był poświadczony za zgodność z oryginałem, oraz pomimo, że także powoływał się na „perspektywiczną zdolność”, czyli taką odnoszącą się do dalszej przyszłości. Nie można zatem uznać, by Przystępujący legitymował się wymaganym zasobem w dacie składania oferty.

Co więcej, zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie udowodnił, by posiadał stosowne doświadczenie. W pkt. VI 1 ppkt. 3 a SWZ Zamawiający wymagał, by Wykonawca wykonał co najmniej dwa zamówienia, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku o powierzchni nie mniejszej niż 800 m² wraz z wykonaniem uzbrojenia i zagospodarowania terenu oraz pełnym zakresem prac wykończeniowych i infrastrukturą techniczną. Wykonawca w tym zakresie powołał się na doświadczenie Pana K.C., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo Budowlana K.C.. Do oferty, pomimo licznych wezwań, nie przedstawiono jego zobowiązania do użyczenia potencjału doświadczenia, stąd też nie jest możliwe ocenić realność użyczenia. Ponadto treść przedstawionych do skorygowanego wykazu robót referencji jest sprzeczna z poprzednio złożonymi dokumentami, a jak wynika z danych dostępnych publicznie w CEIDG, Pan K.C. rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej dopiero 1 lipca 2020 r. W sytuacji, w której nie wykonuje wolnego zawodu, w jaki sposób zrealizował referowane prace, które zostały ukończone w 2018 r.? (jako dowód Odwołujący złożył wydruk z CEIDG). Brak oświadczenia o użyczeniu potencjału, wskazującego na zakres i formę udostępnienia, nie pozwala na postawienie dalszych zarzutów, chociaż należałoby postawić pytanie, czy zaakceptowanie

podwykonawstwa w tej formie nie będzie prowadzić do naruszenia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podzlecenie osobie trzeciej de facto całości przedmiotu zamówienia. W ocenie skarżącego tak, dlatego brak zobowiązania do użyczenia zasobów nie można poczytywać tylko jako błędu formalnego. Bez znajomości jego treści nie można bowiem merytorycznie ocenić poprawności złożonej oferty. Także zatem i z tej przyczyny dokonany wybór nie może się ostać.

Na zakończenie Odwołujący pragnie wskazać, iż w toku postępowania miał istotnie ograniczony dostęp do akt sprawy, a załączniki do oferty wybranej przez Zamawiającego zostały mu udostępnione tak naprawdę bezpośrednio przed upływem terminu na wniesienie odwołania, tj. w piątek, 9 grudnia 2022 r. późnym popołudniem. Odmowa udostępnienia Odwołującemu oferty wybranej – po terminie wyboru, godzi w sposób istotny w zasadę jawności, która jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę – np. w przypadku zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wnioskowane dokumenty nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a powyższego, nie zostały one udostępnione stronie w terminie umożliwiającym się na rzetelne zapoznanie z nimi przed wniesieniem odwołania. Tak dalece idąca zwłoka w upublicznieniu informacji o wybranej ofercie także podważa poprawność wyboru – nie powinien on być bowiem dokonany przed rozpoznaniem wniosku strony o wgląd do akt sprawy. Odwołujący wskazał na art. 18 ust. 1 i 2 oraz art. 74 ust. 2 ustawy Pzp. Terminy wskazane w tym przepisie zostały naruszone, co powinno obligować Zamawiającego do unieważnienia wyboru do czasu zapoznania się zainteresowanych stron z aktami postępowania. Tylko bowiem w takim przypadku zwłoka w udostępnieniu akt nie będzie mieć wpływu na tok sprawy.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż po stronie wykonawcy występuje brak interesu prawnego do wniesienia odwołania. Podniósł, że interes Odwołującego nie może wyrażać się w unieważnieniu postępowania – istotą wnoszenia środków ochrony prawnej jest bowiem uzyskanie zamówienia w konkretnym postępowaniu, z czym unieważnienie postępowania jest sprzeczne. Nawet przyjmując, iż hipotetycznie oferta Przystępującego zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego uzyskałaby najwyższą ilość punktów,

Odwołujący wskazał, iż i tak nie zostałyby zawarta umowa z przedmiotowym wykonawcą z jednej strony z uwagi na brak środków w budżecie, z drugiej zaś, z uwagi na brak obiektywnej możliwości pozyskania środków z zewnątrz, mogących zostać przeznaczone na sfinansowanie inwestycji. Jako dowód Zamawiający załączył oświadczenie Skarbnika Gminy Olszewo-Borki z dnia 20 grudnia 2022 r., c. Uchwała Nr 3.h./355/2022 Składu Orzekającego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Warszawie z dnia 15 grudnia 2022 roku w sprawie wydania opinii o przedłożonym przez Wójta Gminy Olszewo-Borki projekcie uchwały w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej. Zamawiający wyjaśnił, iż wieloletnia Prognoza Finansowa na lata 2022-2037 wskazuje na ryzyko zagrożenia przekroczenia relacji zgodnie z art. 242 ust. 1 i art. 243 ust. 1 ustawy o finansach publicznych. Różnica między dopuszczalnym wskaźnikiem spłaty zobowiązań a wskaźnikiem planowanej łącznej kwoty spłaty zobowiązań kształtuje się poniżej 1% i wynosi 0,58% i 0,78%. Tak więc stosunek kwoty zadłużenia na koniec 2023 – 2027 do dochodów planowanych w tych latach jest znaczny i wynosi odpowiednio 52,62 %, 65,14%, 69,99%, 62,91%, i 56,81%, co prowadzi do ryzyka utraty płynności finansowej przez Gminę. Zamawiający wskazał ponadto, iż zadanie będące przedmiotem postępowania jest kolejnym postępowaniem, bowiem poprzednie zostało unieważnione z uwagi na brak środków finansowych (jako dowód załączono zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 2 sierpnia 2022 r.). Zamawiający wskazał, iż kwota jaka została podwyższona na realizację przedmiotowego zadania wymagała podjęcia uchwały rady gminy i jej skutkiem była konieczność emisji obligacji, przy czym należy wskazać, iż kwota ta stanowi z przyczyn niezależnych od Gminy absolutne maximum jakie może przeznaczyć na wykonanie przedmiotowego zadania. W związku z powyższym w sytuacji konieczności unieważnienia niniejszego postępowania Gmina z największym prawdopodobieństwem odstąpi od przedmiotowej inwestycji. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wskazał, iż wobec zadeklarowanej kwoty w ofercie przez Odwołującego niewątpliwie i tak nie zostałyby podpisana umowa z tym wykonawcą z uwagi na brak środków po stronie Zamawiającego, z związku z czym nie można stwierdzić aby wykonawcy w tym konkretnym stanie faktycznym zagrożony był interes Odwołującego i groziło mu powstanie szkody.

Następnie Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z Odwołującym, jakoby doszło do dwukrotnego wezwania do przesłania Jednolitego Dokumentu Zamówienia (ESPD) dla podmiotu użyczającego zasobów. W pierwszej kolejności na podstawie 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w dniu 13 września 2022 r. Przystępujący został wezwany do złożenia aktualnego na dzień złożenia oferty tj. 5 września 2022 r. dokumentu JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy. Wykonawca w formularzu JEDZ (strona 6) w rubryce „czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych

w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V”, zaznaczył odpowiedź „TAK”. W takim przypadku Wykonawca był zobowiązany przedstawić formularze ESPD zawierające informacje wymagane zgodnie z sekcjami A i B niniejszej częścią III dla każdego z podmiotów, których to dotyczy, należycie wypełnione i podpisane przez dane podmioty (...). W dniu 29 września 2022 r. Przystępujący został wezwany do przedłożenia aktualnego na dzień złożenia oferty tj. 5 września 2022 r. dokumentu JEDZ własnego i podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy na prawidłowym formularzu. Zamawiający wskazał, iż ustawodawca w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nałożył na zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach określonym dyspozycją ww. przepisu, na co wskazuje użycie sformułowania „wzywa”. Wezwanie ma więc charakter obligatoryjny, a zaniechania wezwania w przypadkach wskazanych w art. 128 ust. 1 ww. ustawy stanowiłoby naruszenie ustawy. Wezwanie w trybie powyższego przepisu jest wezwaniem jednokrotnym i stanowi dodatkową „szansę” dla wykonawcy m.in. na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W świetle zasady równego traktowania wykonawców dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja, gdy wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również, gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków. Zamawiający podniósł, iż orzecznictwie KIO podkreśla się, że zamawiający ma obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego sformułowania wezwań, poprzez dokładne wskazanie, jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy, tak aby nie było wątpliwości, w jaki sposób należy wykonać wezwanie. Nie można w tym zakresie przerzucać ciężaru odpowiedzialności na Wykonawcę w sytuacji, gdy omyłkowo nie zostało poprawnie sformułowane wezwanie i konieczna była jego weryfikacja. Jednocześnie nie można stwierdzić, aby przedmiotowe wezwanie dotyczyły tego samego zakresu, co z kolei wyklucza naruszenie zasady jednokrotności wezwania. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisu 128 ustawy Pzp.

Dalej Zamawiający wskazał, iż jeśli chodzi o dokumenty złożone przez Przystępującego nie dopatrył się uchybień, które stanowiłyby podstawę do odrzucenia złożonej oferty. Odnosząc się do opinii bankowej złożonej przez Przystępującego Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. 2022 poz. 2324 z późn.zm) *„Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności”*. W kontekście powyższego przepisu

Zamawiający wskazał, iż zdolność kredytowa to oczekiwana zdolność do zwrotu kwoty kredytu i umówionych odsetek w określonych terminach spłaty. Badanie zdolności kredytowej klienta jest jednym z elementów systemu mającego na celu minimalizację ryzyka związanego z udzielaniem kredytów klientom indywidualnym i instytucjonalnym. Od jej oceny zależy, czy bank przyzna kredyt wnioskodawcy, jaka będzie wysokość kredytu, oprocentowania oraz termin spłaty. Ocenę zdolności kredytowej banki dzieli na dwie kategorie: formalnoprawną i merytoryczną. Pierwsza polega na sprawdzeniu czy wnioskodawca, może zawrzeć umowę kredytową pod względem formalnym. W procesie tym bank zbiera informacje o kredytobiorcy i poddaje je weryfikacji. Merytoryczna zdolność kredytowa polega natomiast na ocenieniu przez bank sytuacji ekonomiczno-finansowej kredytobiorcy oraz jakości zabezpieczeń prawnych kredytu. Wyróżniamy również ocenę zdolności kredytowej przedsiębiorstwa: bieżącą oraz perspektywiczną. Bieżąca, czyli średnioterminowa przeprowadzana jest przez bank przed udzieleniem kredytu krótkoterminowego i średnioterminowego. Polega na ocenie płynności środków obrotowych oraz stopnia dynamiki rentowności. Perspektywiczna, czyli długoterminowa przeprowadzana jest przez bank przed udzieleniem kredytu długoterminowego. Polega na ocenie tych samych czynników jak w ocenie bieżącej, z tym że dodatkowo ocenie podlega również koszt działalności eksploatacyjnej, opłacalność produkcji eksportowej oraz efektywności inwestycji. Biorąc powyższe pod uwagę z całą stanowczością należy stwierdzić, iż przedłożony przez Wykonawcę dokument posiadał pozytywną opinię banku w zakresie zarówno wymogów formalnych, oraz merytorycznych. Z kolei legitymowanie się zdolnością kredytową perspektywiczną świadczy o tym, że Przystępujący faktycznie posiada zdolność na kwotę wymaganą przez Zamawiającego, natomiast z uwagi na wysokość kredytu należy wziąć pod uwagę również termin spłaty i wynikające z tego tytułu koszty działalności eksploatacyjnej, opłacalność produkcji eksportowej oraz efektywności inwestycji. Użyte w zaświadczeniach stwierdzenie o możliwości ubiegania się o kredyt należy interpretować tożsamo, jak w przypadku pojęcia zdolności kredytowej. Stanowi ono zatem potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. W związku z powyższym nie sposób zgodzić się w tej materii z zarzutami Odwołującego jakoby Wykonawca nie spełnił wymogu określonego pkt. VI.1 ppkt. 2 SWZ.

Zamawiający nie zgodził się też z tym, aby wykonawca nie udowodnił posiadania stosownego doświadczenia. W pkt. VI 1 ppkt. 3 a SWZ Zamawiający wymagał, by wykonawca wykonał co najmniej dwa zamówienia, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku o powierzchni nie mniejszej niż 800 m² wraz z wykonaniem uzbrojenia i zagospodarowania terenu oraz pełnym zakresem prac wykończeniowych i infrastruktury. Zamawiający podniósł, iż z ogólnodostępnych danych zawartych na stronie Głównego

Urzędu Statystycznego pod adresem <https://wyszukiwarkaregon.stat.gov.pl/appBIR/index.aspx> wynika, iż począwszy od 1 sierpnia 2011 r. Pan K.C. prowadzi działalność rolniczą, natomiast faktycznie w 2020 r. wyodrębnił obok ww. działalności rolniczej działalność gospodarczą (jako dowód złożono wydruk z ww. strony internetowej). Zamawiający wskazał, iż zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 30) ustawy Pzp przez pojęcie wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Fakt braku wpisu do CEIDG nie przesądza o braku możliwości wykonywania usług. Podmiot mógł świadczyć usługi na podstawie umowy cywilno-prawnej, tym bardziej mając zarejestrowaną działalność rolniczą. Reasumując Zamawiający wskazał, iż formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie jest celem samym w sobie, ale ma służyć realizacji celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z poszanowaniem zasad prowadzenia postępowania. Analizując stan faktyczny niniejszej sprawy nie można zgodzić z zarzutami Odwołującego, w związku z czym odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olszewie - Borkach.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego, wezwania kierowane przez Zamawiającego do Przystępującego oraz złożone w odpowiedzi oświadczenia i dokumenty, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odwołania, tj. elektronicznych poświadczeń weryfikacji podpisów oraz wydruku z CEIDG podmiotu

udostępniającego Przystępującemu zasoby na okoliczności wskazane w treści odwołania. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, tj. zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 2 sierpnia 2022 r., oświadczenia Skarbnika Gminy Olszewo-Borki, uchwały nr 3.h./355/2022 RIO w Warszawie z dnia 15 grudnia 2022 roku w sprawie wydania opinii o przedłożonym przez Wójta Gminy Olszewo-Borki projekcie uchwały w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej, uchwały nr L./313.22 Rady Gminy Olszewo-Borki z dnia 14 września 2022 r. w sprawie zmian w budżecie gminy na 2022 rok, uchwały nr L/312/22 Rady Gminy Olszewo-Borki dnia 14 września 2022 r. w sprawie zmiany uchwały w sprawie Wieloletniej Prognozy Finansowej Gminy Olszewo-Borki na lata 2022-2037, wydruku ze strony Głównego Urzędu Statystycznego <https://wyszukiwarkaregon.stat.gov.pl/appBIR/index.aspx>, raportu kwalifikacji walidacji dokumentu podpisanego elektronicznie, na okoliczności wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa niskoemisyjnego budynku przedszkola wraz ze szkołą podstawową i przyszkolną halą sportową w Olszewie-Borkach (etap I). Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. W pkt VI.1 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym w ppkt 2 dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej („Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej na łączną kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 000 zł”), a w ppkt 3) dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (w tym m.in. „a. Wykonawca wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, realizacją od podstaw co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku o powierzchni nie mniejszej niż 800m² wraz z wykonaniem uzbrojenia i zagospodarowania terenu oraz pełnym zakresem prac wykończeniowych i infrastrukturą techniczną.”).

Zamawiający w pkt VII.1 SWZ określił zasady sporządzania i przekazywania dokumentów w postępowaniu. Wskazał m.in., iż oferta musi zostać opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby upoważnioną/upoważnione do reprezentowania Wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji, określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej. Wskazał też, iż w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy

niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. W ppkt 7 Zamawiający wskazał, iż podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

W pkt VII.2 SWZ Zamawiający wskazał m.in., iż w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów odrębny formularz JEDZ. Ponadto w ppkt 5 Zamawiający wskazał, iż Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby składa zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W pkt VII.3 SWZ Zamawiający wskazał, iż Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, zostanie wezwany przez Zamawiającego do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, dat i miejsca wykonania oraz podmiotów na rzecz, których roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z warunkiem określonym w Dziale VI ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ wg wzoru stanowiącego załącznik

nr 3 do SWZ; 2) dowodów określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyny niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty; 8) informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem zgodnie z warunkami określonymi w Dziale VI ust. 1 pkt 2.

Zamawiający wskazał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 18 300 000 zł brutto. W postępowaniu wpłynęło 6 ofert, w tym oferta Przystępującego z najniższą ceną 21 256 689,50 zł brutto oraz oferta Odwołującego z drugą w kolejności ceną 23 890 000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż Przystępujący w JEDZ złożonym wraz z ofertą w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V” zaznaczył odpowiedź „Tak”. Do oferty nie załączono JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby ani zobowiązania tego podmiotu do oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy.

Zamawiający pismem z dnia 13 września 2022 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do złożenia aktualnego na dzień złożenia oferty tj. 05.09.2022r. dokumentu JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy. Wskazał, iż Wykonawca w formularzu JEDZ (strona 6) w rubryce „ czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V", zaznaczył odpowiedź „TAK”. W takim przypadku Wykonawca był zobowiązany przedstawić formularze ESPD zawierające informacje wymagane zgodnie z sekcjami A i B niniejszej części oraz częścią III dla każdego z podmiotów, których to dotyczy, należycie wypełnione i podpisane przez dane podmioty. Niniejszy obowiązek wynika również z treści rozdziału 7 SWZ. Zamawiający podczas badania ofert stwierdził, że wykonawca nie złożył kompletnych dokumentów potwierdzających brak istnienia podstaw do wykluczenia oraz spełnienia, w jakim powołuje się na zasoby podmiotu udostępniającego. Wobec powyższego, wezwał Wykonawcę do złożenia ww. dokumentów tj. formularza/y ESPD dla każdego z podmiotów, których dotyczy. Zamawiający poinformował, iż dokument/y musi/szają być wypełniony/e i podpisany/e kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący złożył JEDZ dla Firmy Usługowo Budowlanej K.C. w formie skanu dokumentu wystawionego w postaci papierowej, bez

opatrzenia cyfrowego odwzorowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający pismem z dnia 28 września 2022 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do złożenia aktualnego na dzień złożenia oferty tj. 05.09.2022r. dokumentu JEDZ własnego i podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy na prawidłowym formularzu dotyczącym przedmiotowego postępowania. Zamawiający wskazał, iż podczas badania ofert stwierdził, że wykonawca złożył dokumenty zawierające błędy polegające na błędnym nie dotyczącym bieżącego postępowania numerze ogłoszenia i postępowania. Wobec powyższego, wezwał wykonawcę do złożenia prawidłowo wypełnionych i uzupełnionych, na prawidłowym formularzu dokumentów dotyczących każdego podmiotu.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący złożył własny JEDZ opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz JEDZ dla Firmy Usługowo Budowlanej K.C. opatrzony podpisem zaufanym pana K.C..

Zamawiający pismem z dnia 12 października 2022r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale VII pkt 3 SWZ oraz potwierdzenia aktualności podmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą. Zamawiający wskazał również, iż podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, zgodnie z Rozdziałem VIII SWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący przekazał Zamawiającemu plik w formacie pdf, który nie został opatrzony żadnym podpisem, a który zawierał skany następujących dokumentów:

- Wykaz usług i robót budowlanych, w którym wskazano następujące roboty budowlane: 1. Obora 110 000 zł, miejsce wykonania: Kołaczków, data wykonania: 02.2020-09.2020, (...) wykonawca: Firma Usługowo Budowlana K.C.; 2. Obora 75 000 zł, miejsce wykonania: Wykrot, data wykonania: 07.2020-05.2021, (...) wykonawca: Firma Usługowo Budowlana K.C.; - skan wydrukowanego dokumentu elektronicznego Przystępującego;
- Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w którym wskazano W.O. będącego pracownikiem Firmy Usługowo Budowlanej K.C., Ł.C. – umowa o współpracy oraz W.O. – umowa o współpracy) - skan wydrukowanego dokumentu elektronicznego Przystępującego;
- Wykaz usług i robót budowlanych, w którym wskazano następujące roboty budowlane: 1. Obora 110 000 zł, miejsce wykonania: Kołaczków, data wykonania: 02.2020-09.2020, (...) wykonawca: Firma Usługowo Budowlana K.C.; 2. Obora 75 000 zł, miejsce

wykonania: Wykrot, data wykonania: 07.2020-05.2021, (...) wykonawca: Firma Usługowo Budowlana K.C.; - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej przez Firmę Usługowo Budowlaną K.C.;

- Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w którym wskazano W.O. będącego pracownikiem Firmy Usługowo Budowlanej K.C.) - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej przez Firmę Usługowo Budowlaną K.C.;
- Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby Firmy Usługowo Budowlanej K.C. dotyczące przynależności do grupy kapitałowej - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby Firmy Usługowo Budowlanej K.C. o aktualności informacji - skany dokumentów wystawionych w postaci papierowej;
- Oświadczenie o aktualności danych podmiotu – Jaga Elektro Usługi Elektryczne W.O. - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Zobowiązanie W.O. do oddania do dyspozycji zasobów - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Oświadczenie o aktualności danych podmiotu – Ł.C. - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Zobowiązanie Ł.C. do oddania do dyspozycji zasobów - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Referencje wystawione przez firmę Usługi Ogólnobudowlane Piotr Wezner na rzecz Firmy Usługowo Budowlanej K.C. dotyczące budowy budynków w miejscowości Łączki i Ksepki - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Referencje wystawione przez firmę PHU Giers Waldemar na rzecz Firmy Usługowo Budowlanej K.C. dotyczące budowy budynków w miejscowości Batory i Kołaczków - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Opinia bankowa wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Ostrowi Mazowieckiej, w której wskazano, iż „stwierdza się, że Klient posiada perspektywiczną zdolność kredytową do kwoty 5 000 000 zł” - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Informacje z KRK (dot Przystępującego i pana K.C.) - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego p. W.O. - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Zaświadczenie o członkostwie w Podlaskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa i posiadaniu ubezpieczenia OC dot. p. W.O. – wydruk zaświadczenia wygenerowanego elektronicznie;
- Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego p. W.O. - skan dokumentu

wystawionego w postaci papierowej;

- Decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych p. Ł.C. – skan dokumentu;
- Zaświadczenie o członkostwie w Mazowieckiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa i posiadaniu ubezpieczenia OC dot. p. Ł.C. – wydruk zaświadczenia wygenerowanego elektronicznie.

Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz uzupełnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych. Wskazał, iż podczas badania złożonych podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający stwierdził, co następuje: Dokumenty zostały złożone zgodnie z Rozdziałem VII pkt 3 SWZ., jednak nie wynika z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, gdyż treść tych dokumentów nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie spełnienia warunków określonych w SWZ przez Zamawiającego.(...) Zamawiający wskazał następujące braki:

1. Brak zobowiązania Firmy Usługowo Budowlanej K.C. do udostępnienia zasobów dla Wykonawcy,
2. wykaz robót budowlanych jest niekompletny, t.j.:
 - a) w kolumnie nr 3 należy uzupełnić precyzyjnie miejsce wykonywania robót budowlanych,
 - b) w kolumnie nr 2 w sposób niewystarczający zdefiniowany jest rodzaj i zakres wykonanych robót budowlanych. Samo określenie „Obora” nie pozwala stwierdzić i uznać, że przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku o powierzchni nie mniejszej niż 800 m² wraz z wykonaniem uzbrojenia i zagospodarowania terenu oraz pełnym zakresem prac wykończeniowych i infrastrukturą techniczną, co było wymogiem SWZ,
 - c) brak jest dowodów do poz. 2 wykazu określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty,
3. referencje są niekompletne, t.j.:
 - nie opisują wykonanych robót wskazanych w tabeli „Wykaz usług i robót budowlanych”. Gdzie Wykonawca wskazuje, że roboty zostały wykonane dla PHU Giers Waldemar, ul. Zagórze 2, 18-416 Zbójna w miejscowości Kołaczków ul. Akacyjowa i Wykrot 34, zaś załączone referencje dotyczą miejscowości Batory i Kołaczków.

Ponadto załączone referencje nie zawierają daty i miejsca wystawienia, adresu wybudowanego obiektu i nie potwierdzają realizacji zakresu o którym mowa w SWZ tj. „przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku o powierzchni nie mniejszej niż 800 m² wraz z wykonaniem uzbrojenia i zagospodarowania terenu oraz pełnym zakresem prac wykończeniowych i infrastrukturą techniczną”.

Wykonawca załączył referencje wystawione i podpisane przez Firmę: Usługi Ogólnobudowlane Piotr Andrzej Wezner, Pupkowizna 40, 07-437 Łyse wskazujące miejsca wykonanych robót budowlanych w msc. Łączki i Ksepki, które nie są wykazane w przedmiotowym wykazie usług i robót budowlanych. Referencje nie posiadają określonego miejsca i daty ich sporządzenia, adresu wybudowanego obiektu i nie potwierdzają zakresu o którym mowa w SWZ tj. „przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku o powierzchni nie mniejszej niż 800 m² wraz z wykonaniem uzbrojenia i zagospodarowania terenu oraz pełnym zakresem prac wykończeniowych i infrastrukturą techniczną”.

Wobec powyższego wzywa się Wykonawcę do złożenia dokumentów zgodnych z treścią SWZ.

4. wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego jest niekompletny. Zamawiający wymagał skierowania do realizacji zamówienia co najmniej:
- jednej osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno — budowlanej bez ograniczeń lub posiada odpowiednie kwalifikacje zawodowe wydane obywatelom innych państw, uznane na zasadach określonych w art. 12a przepisów Prawa budowlanego, która sprawowała funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub rozbudowie budynku o powierzchni min. 800,00 m² oraz posiadającą minimum 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy.

Z dokumentu przedłożonego przez Wykonawcę nie wynika, że osoba wskazana w poz. 1 posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Należy zauważyć, że dla osoby wskazanej w poz. 2 wykazu wykonawca wypełnił pole „Kwalifikacje zawodowe (...)” wskazując: „uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych”, co nie budzi wątpliwości zamawiającego. Ponadto zgodnie z zapisami SWZ Wykonawca zobowiązany był załączyć wraz z Wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia dokumenty potwierdzające, że osoba sprawowała funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub rozbudowie budynku o powierzchni min. 800,00 m².

- jednej osoby posiadającej uprawnienia budowlane bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub posiada odpowiednie kwalifikacje zawodowe wydane obywatelom innych państw, uznane na zasadach określonych w art. 12a.

Z dokumentu przedłożonego przez Wykonawcę nie wynika, że osoba wskazana w poz. 1 posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Należy zauważyć, że dla osoby wskazanej w poz. 2 wykazu wykonawca wypełnił pole „Kwalifikacje zawodowe (...)” wskazując: „uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych”, co nie budzi wątpliwości Zamawiającego.

Wobec powyższego wzywa się Wykonawcę do złożenia dokumentów zgodnych z treścią SWZ.

5. Przedłożona Opinia z banku nie jest jednoznacznym potwierdzeniem, że Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na łączną kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,- zł (słownie: pięć milionów złotych). Wobec powyższego wzywa się Wykonawcę do złożenia dokumentów zgodnych z treścią SWZ.
6. Załącznik nr 7 Wykonawcy i Podwykonawcy jest błędnie sporządzony. Należy poprawnie uzupełnić dla każdego podmiotu dokumenty określające stanowisko w zakresie art. 108 ust.1 pkt 5 Pzp. Wobec powyższego wzywa się Wykonawcę do złożenia dokumentów zgodnych z treścią SWZ lub złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionego stanu faktycznego.

Zamawiający wskazał, iż oświadczenia i dokumenty w formie elektronicznej należy złożyć Zamawiającemu przy użyciu platformy zakupowej zgodnie ze sposobem komunikacji wskazanym w dokumentach.

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył trzy pliki pdf („Dokumenty1”, „Dokumenty2” i „Dokumenty3”), które nie zostały opatrzone żadnymi podpisami, a które zawierały skany następujących dokumentów:

- Pismo przewodnie - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Pismo informujące o zastąpieniu kierownika budowy - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Pismo Firmy Usługowo Budowlanej K.C. o zastąpieniu kierownika budowy - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego p. Mariana Kuprel - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;

- Zaświadczenie o członkostwie w Podlaskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa i posiadaniu ubezpieczenia OC dot. p. Mariana Kuprel - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Referencje wystawione przez firmę PHU Giers Waldemar na rzecz p. Mariana Kuprel dotyczące budowy obory w miejscowości Kołaczków - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Referencje wystawione przez firmę Zakład Usługowo Handlowy „Michał” na rzecz p. Mariana Kuprel dotyczące budowy budynków w Wysokiem Mazowieckiem - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Zobowiązanie Mariana Kuprel do oddania do dyspozycji zasobów - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Oświadczenie o aktualności danych podmiotu – Mariana Kuprel - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Wykaz usług i robót budowlanych, w którym wskazano te same roboty budowlane co uprzednio, z doprecyzowaniem wymaganych informacji - skan wydruku bez podpisu;
- Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w którym wskazano Mariana Kurpel będącego pracownikiem Firmy Usługowo Budowlanej K.C.) - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej przez Firmę Usługowo Budowlaną K.C.;
- Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w którym wskazano Mariana Kurpel będącego pracownikiem Firmy Usługowo Budowlanej K.C., Ł.C. – umowa o współpracy oraz W.O. – umowa o współpracy) - skan wydrukowanego dokumentu elektronicznego Przystępującego;
- Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby Firmy Usługowo Budowlanej K.C. dotyczące przynależności do grupy kapitałowej - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Oświadczenie Przystępującego dotyczące przynależności do grupy kapitałowej - skan wydrukowanego dokumentu elektronicznego Przystępującego;
- Zobowiązanie Firmy Usługowo Budowlanej K.C. do oddania do dyspozycji zasobów - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Referencje wystawione przez firmę PHU Giers Waldemar na rzecz Firmy Usługowo Budowlanej K.C. dotyczące budowy budynków w miejscowości Patory i Kołaczków - skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej;
- Zaświadczenie Banku Spółdzielczego w Ostrowi Mazowieckiej wskazujące, iż Przystępujący posiada perspektywiczną zdolność kredytową na kwotę 5 000 000 zł – skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, iż Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia ze względu na fakt, iż cena jego oferty przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest podmiotem, który ubiega się o udzielenie zamówienia, a jego oferta – jako druga w rankingu ofert - mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego. Okoliczność, iż cena jego oferty przekracza wskazaną przez Zamawiającego kwotę, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia, nie pozbawia Odwołującego na tym etapie postępowania interesu w uzyskaniu zamówienia. Fakt, że najkorzystniejsza oferta opiewa na cenę przewyższającą kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie powoduje po stronie Zamawiającego bezwzględnego obowiązku unieważnienia postępowania. Wystarczy wskazać tu na fakt, iż również oferta Przystępującego przekracza wskazane przez Zamawiającego środki (i to o prawie 3 000 000 zł), a mimo tego Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i zamierzał zawrzeć z tym wykonawcą umowę. Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie przedstawił wiarygodnego uzasadnienia, dlaczego jest w stanie zwiększyć kwotę na sfinansowanie zamówienia jedynie do wartości najtańszej oferty, a już do wartości oferty drugiej w kolejności nie. Przy czym w stanowisku Zamawiającego dostrzegalna jest niespójność – w odpowiedzi na odwołanie wskazywał on, iż zwiększenie środków wymagało podjęcia uchwały rady gminy, niemniej załączona jako dowód uchwała z dnia 14 września 2022 r. wskazuje jedynie na zwiększenie dochodów i wydatków o ok. 460 000 zł, a nie o kilka milionów różnicy pomiędzy kwotą podaną wykonawcom w dniu 2 września 2022 r. a ofertą Przystępującego.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż dla stwierdzenia braku interesu po stronie wykonawcy, na tym etapie postępowania, niewystarczająca jest deklaracja Zamawiającego, iż dokonane już raz zwiększenie wydatków na sfinansowanie zadania jest „absolutnym maksimum”, a uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy będzie prowadzić do unieważnienia postępowania. Izba wskazuje, iż do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Ewentualne unieważnienie postępowania z uwagi na brak środków jest zdarzeniem przyszłym i nawet jeśli prawdopodobnym, to w obecnej chwili niepewnym. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1235/21, iż interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp powinien być oceniany na dzień wniesienia odwołania, toteż jakiegokolwiek przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego nie mają wpływu na ocenę istnienia interesu wykonawcy. Odwołanie może zostać skutecznie wniesione przez wykonawcę dążącego do wyeliminowania oferty konkurencji, mimo, że oferta Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1943/21).

Należy ponadto wskazać, iż nawet okoliczność, że w efekcie uwzględnienia odwołania i wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia oferty Przystępującego doszłoby do unieważnienia postępowania, nie pozbawia Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Skład orzekający stoi na stanowisku, iż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia należy interpretować szeroko, jako odnoszące się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 578/21, KIO 579/21, z dnia 18 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1299/21). Wykonawca może zatem upatrywać swojej szansy na uzyskanie zamówienia w kolejnym postępowaniu. Okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia może być rozumiane jako możliwość uzyskania zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego została przesądzona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama). Wskazywane przez Zamawiającego prawdopodobieństwo odstąpienia od realizacji inwestycji w sytuacji unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia jest jedynie hipotezą, która pozostała gołosłowna i nie musi się potwierdzić. Przedstawione przez Zamawiającego dokumenty dotyczące obecnej sytuacji finansowej Gminy nie negują możliwości pozyskania w bliższej przyszłości środków na realizację inwestycji (np. w drodze dofinansowania). Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie udowodnił, że postępowanie o

udzielenie zamówienia nie będzie mogło być ponowione. Nie wykazał on także twierdzeń, iż brak zawarcia umowy z Przystępującym w chwili obecnej doprowadzi do utraty dofinansowania pozyskanego z Rządowego Funduszu Polski Ład. Zamawiający nie wyjaśnił nawet, jakiego rzędu środki z tego tytułu pozyskał i w oparciu o jakie warunki przyznano dofinansowanie.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż uznała je za zasadne.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie Zamawiającemu zarzucono, należy wskazać, co następuje:

- zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej;
- zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania;
- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- zgodnie z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej jako „Rozporządzenie”) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 ustawy, oferty, prace konkursowe, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy, zwane dalej „zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby”, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2020 r. poz. 346, 568, 695, 1517 i 2320), z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.

Na potrzeby rozpoznawanej sprawy wskazać należy także na art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego oraz na art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, który wskazuje, iż wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, Izba wskazuje, iż w pełni podzieliła stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący na wezwania Zamawiającego kierowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył prawidłowo podpisanych dokumentów, co wypełnia dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na konieczność eliminacji z postępowania ofert tych wykonawców, którzy na wezwanie Zamawiającego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia określonych oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie złożyli ich w zakreślonym terminie. Obejmuje on nie tylko brak dokumentu, ale również złożenie dokumentu niekompletnego czy niepotwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z jednolitymi poglądami doktryny i orzecznictwa wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może zostać wystosowane tylko raz w odniesieniu do tych samych oświadczeń lub dokumentów, składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności. Powyższe stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jeżeli w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca nie złoży prawidłowych (zarówno formalnie, jak i merytorycznie) dokumentów, to jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

W rozpoznawanej sprawie zasadnicze uchybienie, które już samo w sobie powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, miało miejsce jeszcze na początkowym etapie badania ofert, przed wezwaniem Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a mianowicie w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego (pismo z 13 września 2022 r.) do złożenia dokumentu JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że Przystępujący składając ofertę powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - Firmy Usługowo Budowlanej K.C.. W takiej sytuacji, zarówno w świetle przepisów ustawy Pzp (por. art. 125 ust. 5 ustawy Pzp) , jak i w świetle treści SWZ (por. pkt VII.2 SWZ), Przystępujący miał obowiązek załączyć do oferty oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Oświadczenia te należało złożyć na formularzu JEDZ – podmiot trzeci wypełnić miał odpowiednie jego części oraz podpisać oświadczenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przystępujący wraz z ofertą ww. dokumentu nie złożył (co również stanowiło okoliczność bezsporną). Przez powyższe zaniechanie Przystępujący sam pozbawił się możliwości konwalidowania ewentualnych błędów czy braków dokumentu złożonego na wezwanie Zamawiającego. Złożenie przez Przystępującego prawidłowego dokumentu JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby na wezwanie Zamawiającego (pismo z 13 września 2022 r.) było ostatnią szansą, aby ten brak uzupełnić. Przystępujący jednak w odpowiedzi na ww. wezwanie przedstawił JEDZ dla Firmy Usługowo Budowlanej K.C. w formie skanu dokumentu wystawionego w postaci papierowej, bez opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem z uchybieniem formie dokumentu wymaganej w świetle przepisów prawa oraz SWZ.

Podkreślić należy, iż zasadą na gruncie ustawy Pzp jest pełna elektronizacja postępowań o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy Pzp komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z ustawowymi wyjątkami od powyższej reguły, postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a jego wartość przekracza progi unijne. Art. 63 ust. 1 ustawy Pzp

wprowadza obowiązek składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (JEDZ) pod rygorem nieważności w formie elektronicznej. Taka sama forma właściwa jest dla oświadczenia podmiotu trzeciego wskazanego w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu, który dane oświadczenie woli składa.

Konieczność opatrzenia oświadczenia podmiotu trzeciego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wynikała także z treści SWZ. W pkt VII.2 SWZ jednoznacznie wskazano, iż w przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów odrębny formularz JEDZ. Co więcej, Zamawiający zwrócił na powyższe uwagę Przystępującemu wprost w treści wezwania z dnia 13 września 2022 r. informując, że „dokument/y musi/szą być wypełniony/e i podpisany/e kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez każdy z tych podmiotów.” Pomimo powyższego Przystępujący na wezwanie złożył skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej, bez opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Forma tego dokumentu uchybiała zatem postanowieniom SWZ i przepisom ustawy Pzp oraz rozporządzenia wykonawczego. Oświadczenie złożone z uchybieniem formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności jest oświadczeniem nieważnym. Brak ten nie mógł już podlegać dalszemu uzupełnieniu.

Izba zgodziła się także z Odwołującym, iż Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiając Przystępującemu ponowne złożenie dokumentu JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby na wezwanie z dnia 28 września 2022 r. Z uwagi na złożenie ww. dokumentu z uchybieniem co do wymaganej formy, Przystępujący nie powinien w ogóle zostać wezwany do uzupełnienia jakichkolwiek braków tego dokumentu, a co więcej, cała dalsza procedura badania oferty tego wykonawcy, w tym wezwanie go do złożenia podmiotowych środków dowodowych i następnie ich uzupełnienia, nie powinna już mieć miejsca. Wystosowując do Przystępującego w dniu 28 września 2022 r. po raz drugi wezwanie do złożenia JEDZ podmiotu trzeciego Zamawiający w praktyce dał Przystępującemu drugą szansę na złożenie ww. dokumentu, tym razem w prawidłowej formie (z kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Nie jest przy tym zasadne powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczność, iż wezwanie to dotyczyło innych nieprawidłowości (błędny numer postępowania i numeru ogłoszenia wskazanego w JEDZ) - tego rodzaju drobne uchybienia nie mają wpływu na ważność i prawidłowość oświadczenia podmiotu, który je złożył i w ocenie składu orzekającego stanowiły jedynie pretekst do wystosowania

ponownego wezwania w tej samej sprawie. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż nawet w odpowiedzi na to drugie, nieuprawnione wezwanie, Przystępujący złożył dokument z uchybieniem wymaganej formy, bowiem opatrzony podpisem zaufanym pana K.C., w sytuacji gdy w przypadku postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne wymagany jest kwalifikowany podpis elektroniczny.

Dodatkowo wskazać należy, iż zasadnicza większość dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu uchybiała wymogom co do ich formy. Wszystkie podmiotowe środki dowodowe (zarówno te przedstawione na wezwanie z dnia 12 października 2022 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, jak i te przedstawione później na wezwanie z dnia 8 listopada 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) zostały złożone jako skany dokumentów i nie zostały opatrzone żadnym podpisem elektronicznym. Pliki zawierały jedynie zeskanowane wydruki dokumentów elektronicznych oraz zeskanowane kopie dokumentów sporządzonych w postaci papierowej. Zamawiający przemilczał tę okoliczność i pozytywnie ocenił złożone przez Przystępującego dokumenty, pomijając całkowicie wynikające z ustawy Pzp, Rozporządzenia oraz SWZ wymagania co do formy składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentów elektronicznych. Jako przykład uchybienia można tu wskazać na zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, które powinno być złożone już wraz z ofertą, co wynika z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, jak i zostało wskazane w pkt VII.5 SWZ. Analogicznie jak w omówionym wcześniej przypadku dotyczącym oświadczenia JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, Przystępujący nie składając tego dokumentu wraz z ofertą pozbawił się sam możliwości dalszego konwalidowania ewentualnych braków w dokumencie złożonym na wezwanie Zamawiającego z 8 listopada 2022 r. wystosowane w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 listopada 2022 r. złożono skan dokumentu wystawionego w postaci papierowej, który nie został opatrzony żadnym podpisem elektronicznym. Jest to tylko jeden z wielu możliwych do przywołania przykładów, bowiem wszystkie dokumenty złożone w odpowiedzi na ww. wezwanie nie miały prawidłowej formy.

W ocenie Izby naruszenie ustawy Pzp przez Zamawiającego, który wybrał ofertę wykonawcy w sytuacji, gdy większość złożonych dokumentów uchybiała ustawowym wymogom co do formy, miało charakter rażący i godziło w zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości. Zamawiający w pkt VII SWZ bardzo precyzyjnie opisał zasady sporządzania i przekazywania dokumentów w postępowaniu. Odpowiednia adnotacja o wymaganej formie składanych oświadczeń była zawarta także w udostępnionych przez Zamawiającego wraz z SWZ wzorach. Zamawiający jednak nie zastosował się do opisanych w SWZ i wynikających z obowiązujących przepisów zasad, doprowadzając do tego, że sytuacja Przystępującego (podmiotu, którego jedynym udziałowcem jest

Zamawiający) była istotnie uprzywilejowana względem sytuacji innych wykonawców, a wybór jego oferty nastąpił z naruszeniem naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Jest to tym bardziej widoczne, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego dotyczących formy dokumentów złożonych przez Przystępującego i kwestię braku ich podpisania całkowicie przemilczał, co pozwala przypuszczać, iż miał on świadomość, że była ona niezgodna z obowiązującymi przepisami. Na negatywną ocenę zasługuje też postawa Zamawiającego, który zwlekał z udostępnieniem Odwołującemu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający przekazał Odwołującemu żadaną dokumentację dopiero w ostatnim dniu roboczym przed upływem terminu na wniesienie odwołania (w piątek 9 grudnia 2022 r.), podczas gdy wniosek Odwołującego wpłynął już 5 grudnia 2022 r. Mając na uwadze relatywnie krótkie terminy na wniesienie odwołania (w przedmiotowym przypadku 10 dni od zawiadomienia wykonawcy o wyborze oferty najkorzystniejszej), przekazanie Odwołującemu dokumentów w ostatnim dniu roboczym przed upływem zawitego terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, aż cztery dni po złożeniu przez wykonawcę wniosku, stanowi dodatkowy argument wskazujący na naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu. W tym stanie rzeczy za w pełni zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, który dotyczył niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (wymagana zdolność kredytowa) oraz zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w realizacji robót budowlanych) nie podlegał rozpoznaniu. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego na rozprawie, był to zarzut ewentualny, podniesiony na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę wcześniej omówionych zarzutów. Rozstrzygnięcie tych zarzutów należy uznać za bezprzedmiotowe, gdyż jak wskazano powyżej, procedura wezwania Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych (w tym kwestionowanych w zarzucie nr 5 dokumentów - opinii bankowej oraz wykazu robót budowlanych) w ogóle nie powinna mieć miejsca, a nadto złożone na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe uchybiały wymaganej formie dokumentów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: