

Sygn. akt: KIO 885/21

WYROK
z dnia 4 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2021 r. przez **wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale **wykonawcy TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów wobec czynności wezwania wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jako czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby.**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. Zasądza od wykonawcy ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu z

siedzibą w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. 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 – Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu*”. Numer referencyjny: 332/04/2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2020 r., za numerem 2020/S 214-523300.

W dniu 19 marca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- wezwaniu Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach – dalej Przystępujący MIKORr, do złożenia wyjaśnień aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, tj. niezgodnie z sentencją (i uzasadnieniem) wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2021 r. wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO 164/21 (dalej: „WYROK KIO”), zgodnie z którym Zamawiający miał wezwać jedynie do wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie;
- dokonaniu czynności badania i oceny dokumentów przedłożonych przez Przystępującego MIKOR, pomimo, że zgodnie z WYROKIEM KIO wezwanie miało dotyczyć jedynie wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie, a nie przedłożenia nowych dokumentów;
- zaniechaniu wykluczenia Przystępującego MIKOR, pomimo, że ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;
- zaniechaniu wykluczenia Przystępującego MIKOR, pomimo, że ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów lub ewentualnie 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;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego MIKOR, pomimo, że ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu;
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego MIKOR, pomimo, że Wykonawca MIKOR podlega wykluczeniu, a jego oferta - odrzuceniu;
- zaniechania prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w tym zaniechanie wykonania WYROKU KIO.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 4 ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez wezwanie Przystępującego MIKOR faktycznie do uzupełnienia wszystkich dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, w trybie faktycznie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, pomimo, że zgodnie z WYROKIEM KIO Izba nakazała Zamawiającemu jedynie wyjaśnienie jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a nie wezwanie do uzupełnienia dokumentów;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez dokonanie czynności badania i oceny dokumentów przedłożonych przez Przystępującego MIKOR, pomimo, że zgodnie z WYROKIEM KIO wezwanie miało dotyczyć jedynie wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie, a nie przedłożenia nowych dokumentów i zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy MIKOR, pomimo, że ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MIKOR, pomimo, że ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów lub ewentualnie 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;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy MIKOR, pomimo, że ten 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;

5) art. 24 ust. 4 ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego MIKOR, pomimo, że ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób zgodny z WYROKIEM KIO oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu;

6) art. 92 ust. 1 pkt 1), 2) i 3) ustawy pzp, w związku z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego MIKOR, poprzez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert nowych dokumentów, zamiast wyjaśnień Przystępującego MIKOR a zaniechanie stwierdzenia, że Wykonawca MIKOR podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu;

7) art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez zaniechanie prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w tym niewykonanie WYROKU KIO, pomimo istnienia takiego obowiązku wywodzonego z art. 527 (a contrario).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego MIKOR, z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy MIKOR i odrzucenia jego oferty.

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania. Uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazał, że został sklasyfikowany na trzeciej pozycji w rankingu ofert (uwzględniając ofertę MIKOR), jednak oferta ta nie została jeszcze poddana czynności badania i oceny, w tym w szczególności wykonawca TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej Przystępujący TDC, nie był jeszcze wzywany do złożenia dokumentów „podmiotowych” na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp. Zatem Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą, który ma szansę na jego uzyskanie w przypadku, gdy Zamawiający prawidłowo prowadząc czynności badania i oceny ofert odrzuci ofertę MIKOR, a następnie będzie można poddać ocenie poprawność złożenia oferty przez Przystępującego TDC.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w trakcie rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 164/21 MIKOR, jako przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przedstawił nowe dokumenty dotyczące swojej sytuacji

ekonomicznej i finansowej, w tym przede wszystkim dokumenty w postaci historii transakcji dokonanych z rachunku prowadzonego przez SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie w okresie pomiędzy datą wydania zaświadczenia przedłożonego dla potrzeb pierwszych czynności badania i oceny ofert (zaświadczenie SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie z dnia 3 grudnia 2020 r.), a datą składania ofert, która wyznaczona była na dzień 8 grudnia 2020 r. Z dokumentów tych wynikało, że zaświadczenie SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie z dnia 3 grudnia 2020 r. mające dowodzić wysokości posiadanych przez MIKOR na dzień składania ofert środków miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do faktycznej sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy, wykazywanej według stanu na dzień składania ofert (8 grudnia 2020

r.), gdyż zgodnie z zaświadczeniem SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie z dnia 3 grudnia 2020 r. saldo na rachunku bieżącym dla firm wynosiło 3.790.236,84 zł, a na rachunku do obsługi podzielonej płatności (VAT) – 247.741,17 zł. Natomiast z dokumentów przedłożonych przez MIKOR na rozprawie w dniu 9 lutego 2021 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 164/21, po przeprowadzeniu której wydany został WYROK KIO, wynikało jednoznacznie, że w okresie pomiędzy wydaniem zaświadczenia SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie z dnia 3 grudnia 2020 r. tylko do dnia 4 grudnia 2020 r. z rachunku do obsługi podzielonej płatności (Split Payment) wydatkowano 68.857,39 złotych. Zakładając, że VAT w stawce podstawowej wynosi

23%, co stanowiło 68.857,39 zł, to z rachunku bieżącego dla firm prowadzonego dla MIKOR przez SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie musiało do dnia 4 grudnia 2020 r. zostać wydatkowanych kolejne 299.379,96 złotych. Zatem faktyczna sytuacja ekonomiczna i finansowa MIKOR była znacznie gorsza niż wynikało to ze złożonego oświadczenia o posiadanej zdolności ekonomicznej i finansowej MIKOR i zaświadczenia SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie z dnia 3 grudnia 2020 r., pobranego z banku w taki sposób, aby stanowiły one dowód sytuacji lepszej niż faktyczna i posłużenia się nim w toku postępowania.

Odwołujący zauważył, że na dzień składania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) przez MIKOR (7 grudnia 2020 r., godzina 14:07) osoby składające oświadczenie JEDZ za MIKOR musiały mieć świadomość, że MIKOR nie posiada „środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę równą co najmniej 5 000 000,00 PLN”, tj. „[5.337.978,01] [PLN] waluta, z czego 1.300.000, PLN w formie kredyt SGB Bank S.A. oraz 4.037.978,01 w formie gotówki na kontach w SGB Bank”. Oprócz faktu nie posiadania środków z kredytu i braku możliwości wykazania ich posiadania, z całą pewnością osoby działające za MIKOR wiedziały, że z kwoty 5.337.978,01 należy odjąć kwotę wydatkowaną z rachunku bieżącego dla firm prowadzonego dla MIKOR przez SGB Bank S.A. Oddział w

Warszawie oraz rachunku do obsługi podzielonej płatności (VAT) kwotę 368.237,35 zł – zakładając, że pomiędzy 4 grudnia 2020 r., a 7 grudnia 2020 r., godziną 14:07 nie wydatkowano dalszych środków z obydwu kont MIKOR.

W ocenie Odwołującego powyższe dowodnie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16) lub art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MIKOR, pomimo, że spełnione są przesłanki dla takiego wykluczenia.

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający, nie dopatrywszy się opisanych wyżej okoliczności, po doręczeniu mu WYROKU KIO, ponowił czynność badania i oceny ofert i wezwał MIKOR do uzupełnienia dokumentów, zamiast do wyjaśnienia okoliczności wskazanych w sentencji WYROKU KIO i opisanych w uzasadnieniu ww. orzeczenia. Zamawiający wprost posłużył się sformułowaniem, którego celem było stworzenie MIKOR podstaw do przeświadczenia, że uprawniony jest nie tylko do wyjaśnienia kwestii, ale też (a może przede wszystkim) do przedłożenia nowych dokumentów. Powyższe działanie jest oczywiście niezgodne z wywodzonym z art. 527 ustawy pzp obowiązkiem wykonania czynności nakazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z treścią wyroku tej Izby. Z WYROKU KIO nie da się bowiem wyprowadzić wniosku o obowiązku wezwania MIKOR do uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów. Zamawiający miał jedynie wyjaśnić jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie. Zatem Zamawiający nie wykonał WYROKU KIO, a MIKOR nie był uprawniony do przedkładania nowych dokumentów. W konsekwencji dokument te uznać należy za złożone z naruszeniem podstawy prawnej, przewidującej złożenie wyjaśnień. Z art. 26 ust. 4 bowiem, w odróżnieniu od art. 26 ust. 3, nie wynika, że przepis ten daje podstawę do wzywania do uzupełnienia dokumentów albo do uzupełniania dokumentów. Gdyby bowiem prawodawca traktował czynności z art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 zamiennie, to nie przewidywałby dla nich dwóch osobnych podstaw prawnych. W ocenie Odwołującego powyższe dowodnie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez wezwanie MIKOR faktycznie do uzupełnienia wszystkich dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, w trybie faktycznie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, pomimo, że zgodnie z WYROKIEM KIO Izba nakazała Zamawiającemu jedynie wyjaśnienie jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a nie wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Zamawiający wezwał MIKOR do złożenia wyjaśnień aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, tj. niezgodnie z sentencją (i uzasadnieniem) wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2021 r. wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO 164/21, zgodnie z którym Zamawiający miał wezwać jedynie do wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie.

Przechodząc do oceny dokumentów złożonych w sposób nieuprawniony przez MIKOR Odwołujący stwierdził, że MIKOR nie wyjaśnił jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp. MIKOR zapomniał o obowiązku wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej według stanu na dzień składania ofert. Podobny zarzut należy postawić w stosunku do pozostałych dokumentów wystawionych przez bank Millennium S.A. w dniu 3 marca 2021 r. Z dokumentów tych nie wynika czy na dzień składania ofert MIKOR spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

W ocenie Odwołującego powyższe dowodnie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez dokonanie czynności badania i oceny dokumentów przedłożonych przez MIKOR, pomimo, że zgodnie z WYROKIEM KIO wezwanie miało dotyczyć jedynie wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie, a nie przedłożenia nowych dokumentów i zaniechaniu wykluczenia wykonawcy MIKOR, pomimo, że ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIKOR, pomimo, że ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób zgodny z WYROKIEM KIO oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu uzasadnia fakt, że przepis ten ma zastosowanie, gdy wykazana zostanie przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania. Mając zaś na uwadze, że wykazano wyżej, że zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16) lub art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp, stwierdzić należy, że oferta MIKOR podlega odrzuceniu.

Odwołujący podkreślił, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1), 2) i 3) ustawy pzp, w związku z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez dokonanie

wyboru jako najkorzystniejszej oferty MIKOR, poprzez uwzględnienie w toku badania i oceny ofert nowych dokumentów, zamiast wyjaśnień MIKOR a zaniechanie stwierdzenia, że MIKOR podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, tj. dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty MIKOR, pomimo, że wykonawca MIKOR podlega wykluczeniu, a jego oferta – odrzuceniu, uzasadnia fakt, że przepis art. 92 ustawy pzp pozwala na powiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wyłącznie w przypadku wyboru oferty wykonawcy w stosunku do którego nie zachodzą przesłanki wykluczenia lub odrzucenia jego oferty, albowiem, stosownie do art. 7 ust. 3 ustawy pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W tej sytuacji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 527 ustawy pzp, poprzez zaniechanie prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w tym niewykonanie WYROKU KIO jawi się również jako uzasadniony. Zamawiający dał temu wyraz zapowiadając swoje dążenie do wyboru jako najkorzystniejszej oferty MIKOR, wbrew zasadom wynikającym z przepisów o zamówieniach publicznych. W piśmie złożonym do akt postępowania odwoławczego w sprawie o sygnaturze akt KIO 164/21 Zamawiający oświadczył wprost: „Dla Zamawiającego jest nie do przyjęcia, aby z powodu drobnych uchybień miał wybrać ofertę i wydatkować środki publiczne o wartość blisko 1 800 000,00 złotych większą od wybranej oferty, tym bardziej w obecnych czasach pandemii i rozwijającego się z tego powodu kryzysu, a co za tym idzie niepewnej sytuacji finansowej instytucji kultury.” Zauważenia jednak wymaga, że przepisy ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1842 z późn. zm.) wyłączają lub modyfikują wprawdzie stosowanie niektórych przepisów o zamówieniach publicznych, ale nie art. 7 ustawy pzp.

Przystępujący MIKOR w dniu 12 kwietnia 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o zwrot odwołania na podstawie art. 519 pkt 1 ustawy pzp względnie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 527 ustawy pzp oraz oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Następnie pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. Przystępujący MIKOR wniósł o odrzucenie odwołania również na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy pzp, wskazał na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania oraz wniósł o oddalenie odwołania. W złożonych pismach oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy pzp.

Na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2021 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o uwzględnienie odwołania oraz odniósł się do wniosków o zwrot względnie odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 3 listopada 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (ustawa z dnia 11 września 2019 r., t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego MIKOR o zwrot odwołania.

W zakresie złożonego wniosku Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący w dniu 19 marca 2021 r. złożył odwołanie podpisane przez r.pr. J. M. . Do odwołania dołączono pełnomocnictwo z dnia 13 stycznia 2021 r. dla r.pr. J. M. udzielone przez T. B. oraz M. W. (wpisana w KRS prokura łączna z członkiem zarządu). W odpowiedzi

na wezwanie Prezesa Izby Odwołujący złożył pełnomocnictwo z dnia 6 marca 2019 r. dla M. W. i T. B. udzielone przez M. W. i A. G. uprawnionych do reprezentacji na dzień 6 marca 2019 r. zgodnie z odpisem pełnym z KRS. Pełnomocnictwo upoważniało m.in. do: *„Niniejsze pełnomocnictwo upoważnia ww. pełnomocników na powyżej wskazanych zasadach do reprezentowania ERBUD w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą lub Sądem Okręgowym w sprawach dotyczących Postępowań, w tym do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w tym odwołań i skarg), przystępowania do toczących się postępowań z odwołań innych wykonawców, zgłaszania opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do postępowania odwoławczego, wnoszenia sprzeciwów wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu innego wykonawcy oraz prawo udziału i reprezentowania ERBUD w tych postępowaniach. (...) Pełnomocnicy, działając łącznie na powyżej wskazanych zasadach, są upoważnieni do udzielania dalszych pełnomocnictw.”*

Zgodnie z kontraktami menadżerskimi z dnia 1 stycznia 2018 r. złożonymi przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym Pan M. W. oraz Pan T. B. w dniu wniesienia odwołania pozostawali z Odwołującym w stosunku zlecenia (umowy zawarto na czas nieokreślony).

Zgodnie z art. 519 ustawy pzp: *„1. W przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 517 ust. 2, oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 518 ust. 1, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia. 2. Odwołanie zwrócone nie wywołuje skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.”*

W myśl art. 510 ustawy pzp: *„1. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. 2. Pełnomocnikiem osoby prawnej, przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, lub jednostki nieposiadającej osobowości prawnej może być również pracownik tej jednostki.”*

Mając na względzie ustalony stan faktyczny należało uznać wniosek o zwrot odwołania za niezasadny. Przystępujący podniósł, że osoby reprezentujące Odwołującego nie były należycie umocowane, bowiem z żadnego dokumentu przedłożonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej nie wynika charakter pełnomocników w świetle art. 510 ustawy pzp. Wskazał również, że w treści pełnomocnictwa z dnia 6 marca 2019 r. umocowano pełnomocników do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie ustawy pzp 2004 r.,

co skutkuje wadliwością złożonego pełnomocnictwa. Jak ustalono w postępowaniu odwoławczym, Pan M. W. oraz Pan T. B. pozostawali z Odwołującym w stosunku zlecenia, a zatem mogli być pełnomocnikami w świetle art. 510. Ponadto, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że z treści pełnomocnictwa wynika umocowanie do składania środków ochrony prawnej. Na dzień udzielanego pełnomocnictwa obowiązywała ustawa pzp z 2004 r., niemniej jednak pełnomocnictwo nie zostało wypowiedziane, dlatego też w ocenie Izby należało uznać, że obejmuje również znowelizowaną ustawę pzp.

Tym samym odwołanie nie podlegało zwrotowi na podstawie art. 519 ustawy pzp.

Izba postanowiła uwzględnić wniosek Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp dotyczącego czynności Zamawiającego wykonanej zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 10 lutego 2021 r. w sprawie KIO 164/21 na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy pzp, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W sprawie KIO 164/21 rozpoznanej na skutek odwołania wniesionego w dniu 11 stycznia 2020 r. przez odwołującego: TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu Odwołujący przystąpił do postępowania w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego.

Zgodnie z sentencją wyroku KIO 164/21 z dnia 10 lutego 2021 r. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp i nakazała Zamawiającemu: *„(1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach oraz (2) powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunku z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZ z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp, w tym art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie.”*

W treści uzasadnienia ww. wyroku wskazano: *„Wobec powyższych ustaleń Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i unieważniając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach nakazała powtórzenie czynności badania i oceny oferty tego wykonawcy w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunku z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZ*

z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp, w tym art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie.”

Zamawiający pismem z dnia 2 marca 2021 r. wezwał Przystępującego MIKOR w następujący sposób: „Teatr Wielki im. St. Moniuszki w Poznaniu – zwany dalej Zamawiającym, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej Ustawą, oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2021 r. [sygn. akt KIO 164/2021] wzywa Mikor Inżyniering Sp. z o.o. (Al. Krakowska 34A, 05-090 Janki) – zwaną dalej Wykonawcą, do złożenia wyjaśnień aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Zamawiający prosi – zgodnie z uzasadnieniem do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2021 r. [sygn. akt KIO 164/2021] – o wyjaśnienie i dostarczenie dowodów, które będą wskazywać jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie. Zamawiający prosi o wskazanie wielkości wykorzystania kredytów lub wskazania wielkości środków finansowych jakimi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów. Wyjaśnienie: Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, Wykonawca złożył dwa zaświadczenia z banku. Z treści zaświadczenia z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że bank (SGB Bank S.A.) udzielił Wykonawcy finansowania w formie: Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000,00 zł Kredytu obrotowego w rachunku bieżącym w kwocie 300 000,00 zł. Z treści zaświadczenia z dnia 3 grudnia 2020 r. wynika, że wykonawca posiada w banku (SGB Bank S.A.) następujące rachunki: - rachunek bieżący dla firm o numerze 04 1610 1352 2110 0420 1557 0091. Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku wynosi 3 790 236,84 zł - rachunek do obsługi podzielonej płatności (VAT) o numerze 49 1610 0006 2002 0420 1557 0002. Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku wynosi 247 741,17 zł. Zatem z treści ww. dokumentów wynika, że Wykonawca posiada środki finansowe w łącznej wysokości: 3 790 236,84 zł+247 741,17 zł+300 000,00 zł = 4 337 978,01 zł. Powyższe potwierdza uzasadnienie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2021 r. [sygn. akt KIO 164/2021]: „Niewątpliwie tak jak wskazał Zamawiający z treści w.w. dokumentów wynika, że Wykonawca posiada do dyspozycji środki finansowe w łącznej wysokości: 4 337 978,01 (3 790 236,84 zł + 247 741,17 zł + 300 000,0 zł).” (...) Niewątpliwie sporna pozostaje informacja z banku z dnia 30 listopada 2020 r. w zakresie finansowania w formie: „Kredytu

obrotowego w kwocie 1 000 000,00 zł". Ze wskazanego dokumentu nie wynika bowiem w jakiej wielkości środków finansowych kredyt jest dostępny, na dzień wystawienia wykonawcy Mikor wskazanego zaświadczenia." Z powyższego wyjaśnienia jak również z treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2021 r. [sygn. akt KIO 164/2021] wezwanie do złożenia wyjaśnień jest w pełni uzasadnione."

Zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu."*

Jak już wskazano powyżej odwołanie zostało złożone m.in. na czynność wezwania Przystępującego MIKOR w trybie art. 26 ust. 4 do wyjaśnień sytuacji ekonomicznej i finansowej. Odwołujący wskazywał, że czynność została przeprowadzona niezgodnie z wyrokiem KIO, gdyż faktycznie Zamawiający wezwał Przystępującego MIKOR do uzupełnienia dokumentów.

Mając na względzie poczynione ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie w tej części zostało w istocie złożone na czynność Zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby w sprawie KIO 164/21. Jak wynika z sentencji i uzasadnienia wyroku Izba nakazała ponowne badanie i ocenę oferty Przystępującego MIKOR w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej z zastosowaniem procedur ustawy pzp. W dalszej kolejności Izba nakazała na co wskazuje wyrażenie „w tym” do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp. Tym samym Zamawiający był zobowiązany zarówno do wezwania do wyjaśnień ale również uprawniony do zastosowania odpowiednich procedur przewidzianych ustawą pzp w celu zbadania czy Wykonawca Mikor spełnia warunek zdolności ekonomicznej i finansowej. Jak wynika z dokumentacji postępowania Przystępujący MIKOR nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. W wezwaniu Zamawiający zacytował treść sentencji wyroku KIO 164/21, ale również wezwał do złożenia dowodów, co w świetle powyższych ustaleń było działaniem uprawnionym, zgodnym z procedurami pzp oraz treścią wyroku KIO 164/21. Zauważenia wymaga, jak słusznie podniósł Odwołujący, że celem art. 528 pkt 5 ustawy pzp jest wyeliminowanie sytuacji w której rozstrzygano by o tym samym w jednej instancji. Otóż, Odwołujący powołując okoliczności faktyczne zarzutu podniesionego wobec czynności wezwania Przystępującego do wyjaśnień przywołał kwestie będące przedmiotem rozpoznania merytorycznego przed Izbą w sprawie KIO 164/21, które to kwestie zostały rozstrzygnięte wydanym orzeczeniem w powyższej sprawie. Należało więc stwierdzić, że Odwołujący zakwestionował czynność Zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby. Dlatego też Izba odrzuciła odwołanie w tym zakresie i skierowała do

rozpoznania na rozprawie zarzuty odwołania wobec czynności badania i oceny złożonych na wezwanie przez Przystępującego MIKOR wyjaśnień i dokumentów oraz czynności ponownego wyboru oferty Przystępującego MIKOR jako najkorzystniejszej.

Izba oddaliła pozostałe wnioski o odrzucenie odwołania. Przystępujący MIKOR podnosił, że odwołanie złożone na czynność wezwania do wyjaśnień powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp oraz 528 pkt 4 ustawy pzp. Przystępujący MIKOR twierdził, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu, gdyż czynność wezwania Przystępującego MIKOR do wyjaśnień miała miejsce w dniu 2 marca 2021 r., a odwołanie wniesiono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2021 r.

W ocenie Izby argumentacja Przystępującego MIKOR nie zasługuje na aprobatę. Zgodnie z art. 515 ust. 1 i 3 ustawy pzp: *„Odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (...) 3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.”* Natomiast w myśl art. 96 ust 3 ustawy pzp: *„Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”* Niewątpliwie Odwołujący wiedzę na temat czynności Zamawiającego podjętych po otwarciu ofert, a przed wyborem najkorzystniejszej oferty może uzyskać dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowej sprawie Izba w wyroku KIO 164/21 nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert. Tym samym, odwołanie wobec czynności wezwania Przystępującego MIKOR do wyjaśnień mogło zostać złożone dopiero po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, która to czynność, jak Izba ustaliła, miała miejsce w dniu 9 marca 2021 r. Wobec powyższego Izba uznała, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania został dochowany.

Ponadto, Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu wskazując, że Odwołujący przywołuje w odwołaniu okoliczności faktyczne, które były mu znane już po czynności pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Izby, zarzuty dotyczące wprowadzenia w błąd w zakresie oświadczenia złożonego w dokumencie JEDZ odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej mogły zostać podniesione po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, gdyż na ten moment można było ocenić prawdziwość złożonego oświadczenia w kontekście złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 marca 2021 r. wyjaśnień i dokumentów Przystępującego MIKOR odnośnie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej, czyli z uwagi na pojawienie się nowych okoliczności faktycznych.

Zauważenia wymaga, że uzasadniając zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp Odwołujący odnosił się również do okoliczności faktycznych i prawnych rozpoznanych już merytorycznie przez Izbę w wyroku KIO 164/21. Jak wynika z uzasadnienia wyroku KIO 164/21 Izba stwierdziła: *„Natomiast podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, albowiem zdaniem Izby wykonawca Mikor Inżyniering nie wykazał spełnienia warunku z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZ. W tym przypadku, jak ustalił Zamawiający, uwzględniając ten zarzut, wykonawca w JEDZ - sekcji B pkt. 6 na potwierdzenie warunku z pkt. 5.1.1.a SIWZ [„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę równą co najmniej: 5 000 000,00 PLN.”] - złożył oświadczenie, że środki finansowe wynoszą: 5.337.978,01 [PLN] waluta, z czego 1.300.000, PLN w formie kredyt SGB Bank S.A. oraz 4.037.978,01 w formie gotówki na kontach w SGB Bank. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, wykonawca złożył dwa zaświadczenia z banku SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie. Z treści zaświadczenia z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że bank udzielił Wykonawcy finansowania w formie: Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000,00 zł; Kredytu obrotowego w rachunku bieżącym w kwocie 300 000,00 zł. Z kolei z treści zaświadczenia z dnia 3 grudnia 2020 r. wynika, że wykonawca posiada w banku następujące rachunki: rachunek bieżący dla firm o numerze 04 1610 1352 2110 0420 1557 0091. Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku z kwotą 3 790 236,84 zł; rachunek do obsługi podzielonej płatności (VAT) o numerze 49 1610 0006 2002 0420 1557 0002; Podano: Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku wynosi 247 741,17 zł”. Niewątpliwie tak jak wskazał Zamawiający z treści ww. dokumentów wynika, że Wykonawca posiada do dyspozycji środki finansowe w łącznej wysokości: 4 337 978,01 zł (3 790 236,84 zł+247 741,17 zł+300 000,00 zł). Izba zgodziła się z Zamawiającym, że środki wskazane na rachunku do obsługi podzielonej płatności (VAT) są środkami finansowymi, które znajdują się*

na koncie, którego właścicielem jest wykonawca. Ograniczenia w możliwości dysponowania środkami na rachunku VAT nie zmieniają faktu, że są w dyspozycji wykonawcy, a w samym wymaganiu nie wprowadzono żadnych ograniczeń (zgodnie z brzmieniem: posiada środki finansowe lub zdolność kredytową). Także Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wypłata wadium w wysokości 500 000 zł nie umniejsza wartości posiadanych przez wykonawcę środków finansowych dla oceny warunku, gdyż opinie bankowe – na gruncie wskazanego rozporządzenia - są aktualne, jeżeli są wystawione w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Niewątpliwie sporna pozostaje informacja banku z dnia 30 listopada 2020 r. w zakresie finansowania w formie: „Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000 zł”. Ze wskazanego dokumentu nie wynika bowiem w jakiej wielkości środków finansowych kredyt jest dostępny, na dzień wystawienia wykonawcy Mikor wskazanego zaświadczenia. Reasumując Izba stwierdza, że według oświadczenia Mikor złożonym w JEDZ wykonawca dysponuje środkami finansowymi w wymaganej kwocie 5 mln zł, jednakże w treści przedstawionych informacji z banku ta okoliczność nie została potwierdzona.”

Mając na względzie konstrukcję odwołania, w którym znaczna część podnoszonych okoliczności faktycznych i prawnych została już rozpoznana merytorycznie wyrokiem KIO 164/21, Izba rozpoznała odwołanie, co do okoliczności nierozstrzygniętych przez Izbę. W związku z powyższym Izba uznała za nieprzydatne załączone do odwołania dokumenty Przystępującego MIKOR (dwa dowody) oraz pismo Zamawiającego, przedłożone podczas rozprawy w dniu 9 marca 2021 r. Zauważyć należy, że w sprawie KIO 164/21 Izba rozpoznała odwołanie i wydała orzeczenie w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a zatem ww. dokumenty zostały przez Izbę ocenione w ramach poprzedniego postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego MIKOR zawartego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2021 r. i podnoszonego na rozprawie, iż z uwagi na sklasyfikowanie Odwołującego na trzecim miejscu w rankingu złożonych ofert Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. W ocenie Izby, mając na względzie, iż Zamawiający zgodnie z pkt 2.3. SIWZ prowadzi postępowanie w procedurze odwróconej na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy pzp

ustalony w decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty ranking ofert nie był ostateczny na moment wniesienia odwołania. Jak słusznie wskazał Odwołujący, Przystępujący TDC nie był jeszcze wzywany do złożenia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy pzp i na dzień wniesienia odwołania nie było wiadome czy nie będzie podlegał wykluczeniu. W przypadku gdyby Izba uwzględniła niniejsze odwołanie, a Przystępujący TDC zostałby wykluczony z postępowania to Odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia i poniesienia szkody. Izba podziela stanowisko wyrażone w przeważającym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że brak pełnej weryfikacji ofert wszystkich wykonawców stwarza możliwość zakwestionowania czynności zamawiającego, bez względu na zajmowane przez wykonawcę miejsce w rankingu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, jak również wyrok KIO 164/21, odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie Zamawiającego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Podtrzymując wcześniej poczynione ustalenia Izba w zakresie podniesionych zarzutów ustaliła dodatkowo następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 5.1. SIWZ: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 – 23 i art. 24 ust. 5 pkt. 1 i 8 ustawy oraz spełniają warunki udziału dotyczące: 1) sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę równą co najmniej 5 000 000,00 PLN.”*

Przystępujący MIKOR w oświadczeniu JEDZ w sekcji B pkt 6 oświadczył: „[5.337.978,01] [PLN] waluta. Z czego 1.300.000, PLN w formie kredyt SGB Bank S.A. oraz 4.037.978,01 w formie gotówki na kontach w SGB Bank.”

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 marca 2021 r. Przystępujący MIKOR w dniu 8 marca 2021 r. wyjaśnił: „że w ramach udzielonych Spółce przez SGB Bank kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2021 roku Spółka dysponuje środkami pieniężnymi w wysokości 1.050.000,00 złotych, na potwierdzenie czego przedkłada przy niniejszym piśmie zaświadczenie z dnia 5 marca 2021 roku, wystawione przez SGB Bank S.A. z siedzibą w Poznaniu, Oddział w Warszawie. Niezależnie od powyższego na potwierdzenie spełniania przez Spółkę warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt 5.1 pkt 1 ppkt a) SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej – Spółka przedkłada przy niniejszym piśmie dodatkowo: – zaświadczenie z dnia 3 marca 2021 roku, wystawione przez Bank Millenium S.A. w Warszawie, które przedstawia wysokość salda na rachunkach bankowych Spółki prowadzonych na rzecz Spółki przez w/w bank i potwierdza, że Spółka dysponuje środkami pieniężnymi w kwocie przenoszącej wartość 5.000.000,00 złotych; – informację z banku z dnia 3 marca 2021 roku wystawioną przez Bank Millenium S.A. w Warszawie, która potwierdza, że poza posiadanymi przez Spółkę środkami pieniężnymi Spółka posiada dodatkowo zdolność kredytową na kwotę 2.500.000,00 złotych i zdolność kredytową w tej wysokości Spółka posiadała również w dniu 30 listopada 2020 roku. Odnosząc się do złożonych przy niniejszym piśmie dodatkowo dokumentów Spółka wskazuje, że załączone do niniejszego pisma dokumenty są zgodne z § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2020.1282 t.j. z dnia 2020.07.23). Z ich treści wynika, że Spółka dysponuje środkami w kwocie większej niż 5.000.000,00 zł., co jest zgodne z oświadczeniem Spółki, które zostało złożone w części IV.B.6 formularz JEDZ i tym został spełniony warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, który Zamawiający sprecyzował w pkt 5.1.1 a) SIWZ Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę równą co najmniej: 5 000 000,00 PLN. W świetle norm prawnych, które mają zastosowania do przedmiotowego zamówienia tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) (dalej: „P.z.p.) zasadą stało się, że dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia muszą być aktualne w momencie ich złożenia. (...) W przypadku informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, termin jej ważności określono „nie wcześniej

niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert”. Oznacza to, że nie można złożyć celem potwierdzenia spełniania wymagań dokumentu „starszego” niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, ale dopuszczalne jest złożenie dokumentu bardziej aktualnego tj. wystawionego po dacie składania ofert. (...) Niezależnie od powyższego, Spółka uznaje za słuszny pogląd, który pozwala wykonawcom w ramach prowadzonych postępowań o zamówienia publiczne, z własnej inicjatywy uzupełnić dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.”

Do wyjaśnień Przystępujący MIKOR załączył:

- zaświadczenie z Banku SGB, w którym stwierdzono: *„SGB-Bank S.A. z siedzibą w Poznaniu Oddział w Warszawie informuje, że Firma MIKOR INŻYNIERING Sp. z o.o. z siedzibą al. Krakowska 34A, 05-090 Janki w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30.11.2020 r., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie dysponuje kwotą 1.050.000,00 zł.”*

- zaświadczenie z Banku Millennium z dnia 3 marca 2021 r., w którym wskazano: *„Stan środków na rachunkach na dzień 11 2021-03-02 wynosił (W przypadku występowania zadłużenia na rachunku stan podaje się ze znakiem minus): 1. rachunek bieżący w PLN numer: 08 1160 2202 0000 0003 8569 3030 saldo: 3.566.246,33 PLN. (...) Dodatkowe adnotacje Banku: Bank Millennium S.A. zaświadcza, że Mikor Inżyniering Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach posiada zdolność kredytową na kwotę 2 500 000,00 PLN w kwocie tej uwzględnione są przyznane kredytyw łącznej kwocie 1 300 000,00 PLN w SGB Bank Oddział w Warszawie z siedzibą w Poznaniu. Informacje przedstawione w niniejszym zaświadczeniu są aktualne zarówno na dzień wydania zaświadczenia, jak i na dzień 30 listopada 2020 roku, a ocena zdolności kredytowej spółki Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach została dokonana przy uwzględnieniu udzielonego spółce Mikor przez SGB Bank Oddział w Warszawie z siedzibą w Poznaniu kredytu obrotowego w kwocie 1.000.000,00 złotych oraz kredytu odnawialnego w rachunku bieżącym w kwocie 300.000,00 złotych.”*

- zaświadczenie z Banku Millennium z dnia 3 marca 2021 r., w którym wskazano: *„Stan środków na rachunkach na dzień 11 2021-03-02 wynosił (w przypadku występowania zadłużenia na rachunku stan podaje się ze znakiem minus): 1. rachunek bieżący w PLN numer: 08 1160 2202 0000 0003 8569 3030 saldo: 3.566.246,33 PLN. 2. rachunek pomocniczy w PLN numer: 18 1160 2202 0000 0003 8569 3044 saldo: 10.925,00 PLN. 3. rachunek pomocniczy w EUR numer: 38 1160 2202 0000 0003 8569 3169 saldo: 489.399,44 EUR.”*

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE: „4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.”

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 12) 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; 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) 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.”

Zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t. j. Dz. U. 2020 r., poz. 1282 z późn. zm.): „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”

Głównym zarzutem odwołania było naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, czyli zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego MIKOR z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący wskazywał, że z przedłożonego przez Przystępującego MIKOR zaświadczenia z banku SGB nie wynika, że posiada on zdolność kredytową w wymaganej na spełnienie warunku wysokości, gdyż zaświadczenie nie potwierdza tej okoliczności na dzień składania ofert. Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Zauważenia wymaga, że termin składania ofert w postępowaniu miał miejsce w dniu 8 grudnia 2020 r., natomiast z treści złożonego zaświadczenia wynika potwierdzenie okoliczności zawartych w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r. z ograniczeniem, iż kwota jaką Przystępujący MIKOR dysponuje w ramach udzielonych kredytów wynosi 1 050 000,00 zł. Zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt 3) ww. przywołanego Rozporządzenia w przypadku informacji banku potwierdzającej zdolność kredytową wymagane jest aby była aktualna w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Skoro zaświadczenie z dnia 5 marca 2021 r. potwierdza okoliczności zawarte w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r., a te było aktualne w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert to należało uznać, że spełnienie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej zostało prawidłowo wykazane. W zaświadczeniu z dnia 5 marca 2021 r. stwierdzono, że Przystępujący „dysponuje” kwotą 1 050 000,00 zł. Zgodnie z definicją zawartą w Wielkim Słowniku Języka Polskiego „dysponować” oznacza „posiadać coś, mając jednocześnie możliwość użycia tego w określonym celu”. Tym samym niezasadny był również argument Przystępującego TDC, że użyty zwrot „dysponuje” dyskwalifikuje uznanie warunku za spełniony. Podkreślić należy, że potwierdzona kwota 1 050 000,00 zł łącznie z wykazaną już zgodnie z wyrokiem KIO 164/21 kwotą 4 037 978,01 zł osiągają wysokość ponad wymagane ustalonym w postępowaniu warunkiem kwotę 5 000 000,00 zł.

Co więcej, Przystępujący przedłożył na wezwanie również zaświadczenie banku Millenium, w którym zaświadczone, że na dzień 30 listopada 2020 r. Przystępujący MIKOR posiadał zdolność kredytową na kwotę 2 500 000,00 zł. Oznacza to, że warunek został spełniony sporo ponad ustalony próg 5 000 000,00 zł. Izba podziela stanowisko Przystępującego MIKOR, że dokumenty te mogły zostać zbadane przez Zamawiającego, gdyż nie został on wcześniej wezwany do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Ponadto, w złożonych na wezwanie wyjaśnieniach Przystępujący MIKOR wskazał, że na potrzeby wykazania spełnienia warunku składa dodatkowe dokumenty wnosząc o ich uwzględnienie i zbadanie przez Zamawiającego.

Reasumując, w ocenie Izby Przystępujący MIKOR wykazał spełnienie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, dlatego też Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że podanie nieprawdziwych informacji stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł 24 ust. 1 pkt 16 dotyczy celowego wprowadzenia w błąd następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji. Drugi przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zauważenia wymaga, że przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp jest bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Elementem różnicującym przywołane przepisy jest przede wszystkim stopień winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, na to się godzi. Ta przesłanka wykluczenia aktualizuje się również wówczas, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo, kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, czyli niedbalstwo lub lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Co istotne, celowe wprowadzenie w błąd dotyczy okoliczności związanych z podstawami wykluczenia, spełnieniem warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji. Z uwagi na to, że są efektem zamierzonego działania (lub rażącego niedbalstwa), zawsze stanowią podstawę do wykluczenia, niezależnie od ich wpływu na podejmowane przez zamawiającego decyzje. Natomiast nieumyślne, niecelowe wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania albo zatajania informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub podstaw wykluczenia, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16, a z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Zaznaczenia wymaga, że stwierdzenie w art. 24 ust. 1 pkt 17: „istotny wpływ na decyzje zamawiającego” wskazuje na wszystkie decyzje zamawiającego. Co więcej, pkt 17 wprost wskazuje, że złożenie informacji powinno mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a więc chodzi tu o wszelkie decyzje, a nie jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Analizując w tym zakresie przepis art. 57 Dyrektywy nie sposób nie zauważyć, iż stanowi on o wpływie na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (wyboru najkorzystniejszej oferty), a nie na wszystkie decyzje zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, iż przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 mają za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że Odwołujący wywodził przekazanie nieprawdziwych informacji z oświadczenia złożonego przez Przystępującego MIKOR w JEDZ w zakresie wstępnego potwierdzenia spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby w zakresie doświadczenia wykonawcy zostały złożone nieprawdziwe informacje. Jak już zostało wskazane Przystępujący na skutek przedłożonych Zamawiającemu dokumentów na wezwanie z dnia 2 marca 2021 r. potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje kwestia wysokości podanej kwoty w oświadczeniu JEDZ, gdyż Przystępujący wykazał zdolność ekonomiczną i finansową sporo ponad postawiony warunek. Oświadczenie składane w dokumencie JEDZ stanowi oświadczenie wstępne wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że może zostać ono zmienione na skutek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, kiedy w odpowiedzi wykonawca wykazuje się spełnieniem warunku w oparciu o inne dokumenty niż wymienione w oświadczeniu wstępnym. Podkreślić również należy, że w zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania ustawowych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp. Dlatego też, Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1), 2) i 3) ustawy pzp, w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: