

Rzeszów, dnia 12 grudnia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa
e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

znak sprawy: RIGKiD.271.27.2022

Zamawiający: Gmina Olszewo – Borki, ul. Wł. Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo – Borki, tel. +48 297613107, e – mail: przetargi@olszewo-borki.pl

Odwołujący: STING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wspólna 63A/10, 00-687 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000935144, REGON: 520554210, NIP: 7011061693, e – mail: multikom.biuro@gmail.com – zastępowana przez radcę prawnego Martę Witwicką – Dżugan, Kancelaria Radcy Prawnego Marta Witwicka – Dżugan, ul. Przemysłowa 7b, 35-105 Rzeszów, e-mail: marta@dzugan.pl, tel. 535-548-424

Przedmiot zamówienia: *„Budowa niskoemisyjnego budynku przedszkola wraz ze szkołą podstawową i przyszkolną halą sportową w Olszewie-Borkach – etap I”*

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2022/S 151-431119, Dz.U./S S151 08/08/2022 431119-2022-PL

Strona internetowa, na której zostało opublikowane Ogłoszenie:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:431119-2022:TEXT:PL:HTML>

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/649352>

Data publikacji ogłoszenia: 8 sierpnia 2022 r.

ODWOŁANIE

I. Działając imieniem Odwołującego – Spółki pod firmą: STING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1, 2 i nast. w zw. z art. 505 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt. 1a Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: PrZamPubl), niniejszym **wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu pn. „Budowa niskoemisyjnego budynku przedszkola wraz ze szkołą podstawową i przyszkolną halą sportową w Olszewie-Borkach – etap I”, polegających na:**

- I.1. wyborze w dniu 2 grudnia 2022 r. Oferty złożonej przez Spółkę pod firmą: Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o. o., pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu;
- I.2. zaniechaniu odrzucenia Oferty złożonej przez Spółkę pod firmą: Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o. o., w sytuacji w której nie złożył on w przewidzianym terminie dokumentów, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PrZamPubl;
- I.3. dwukrotnym wezwaniu wykonawcy – Spółki pod firmą: Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o. o., do przedłożenia formularza ESPD dla podmiotu użyczającego potencjału;

A z ostrożności, na wypadek nie podzielenia argumentacji podanej w pkt. I.1-I.3 powyżej, także na:

- I.4. zaniechaniu odrzucenia Oferty złożonej przez Spółkę pod firmą Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o. o., w sytuacji w której nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

II. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzuca naruszenie:

II.1. art. 63 ust. 1 PrZamPubl w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PrZamPubl w 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 - Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o. o., który nie złożył m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, w formie elektronicznej;

II.2. art. 128 ust. 1 PrZamPubl poprzez dwukrotne wezwanie Wykonawcy - Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o. o., do przesłania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD) dla podmiotu użyczającego zasobów;

- **art. 16 pkt 1 PrZamPubl** 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;

- **art. 17 ust. 2 PrZamPubl** poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PrZamPubl, w szczególności wskutek zaakceptowania oferty niekompletnej, złożonej w sposób skrajnie wadliwy;

- **226 ust. 1 pkt. 2 lit. b PrZamPubl** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o o, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

III. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 PrZamPubl wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a.) unieważnienie czynności wyboru oferty Spółki pod firmą Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o o, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- b.) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert;
- c.) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia Oferty złożonej przez Spółkę pod firmą Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o o;
- d.) 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.

IV. Wykazanie interesu we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą zainteresowanym realizacją zamówienia będącego przedmiotem postępowania . W przypadku, w którym kwestionowana niniejszym odwołaniem Oferta zostałaby poprawnie oceniona, a w

konsekwencji – odrzucona z uwagi na dostrzeżone błędy, Odwołujący mógłby uzyskać najwyższą ilość punktów i otrzymać przedmiotowe zamówienie.

Pozbawienie możliwości udzielenia zamówienia – poprzez wybór wadliwie ocenionej oferty w sposób oczywisty godzi zatem w interesy Odwołującego i może powodować szkodę majątkową po jego stronie, rozumianą jako utrata możliwości pozyskania zamówienia publicznego.

Przesłanki formalne określone w art. 505 ust. 1 Ustawy PrZamPubl zostały zatem spełnione. Legitymuje to Spółkę do wniesienia niniejszego odwołania.

V. Wykazanie dotrzymania terminu na wniesienie odwołania

Zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 515 ust. 1 pkt. 1 lit. a. PrZamPubl, Odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

Informację o wyborze spornej oferty Spółka otrzymała w dniu **2 grudnia 2022 r.** Mając na uwadze powyższe, niniejsze pismo wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu.

VI. Doręczenia

Kopia niniejszego odwołania została, stosownie do dyspozycji art. 514 ust. 2 PrZamPubl przekazana Zamawiającemu na podany przez niego adres e-mail/na ww. platformie, na dowód powyższego wraz z niniejszym odwołaniem Spółka przedstawia stosowne potwierdzenie.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny sprawy

Gmina Olszewo - Borki prowadzi w trybie art. 132 PrZamPubl postępowanie pod nazwą „*Budowa niskoemisyjnego budynku przedszkola wraz ze szkołą podstawową i przyszkolną halą sportową w Olszewie-Borkach – etap I*”. W postępowaniu złożono sześć ofert, przy czym jednym z oferentów była Spółka pod firmą: Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borki Sp. z o o., w której

jedynym udziałowcem jest Zamawiający. Oferta złożona przez ww. Spółkę została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, uzyskując najwyższą liczbę punktów.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w niniejszej sprawie Zamawiający nie udzielał zamówienia „in – house” własnej spółce komunalnej, lecz podjął decyzję o przeprowadzeniu zamówienia w trybie konkurencyjnym, dokonany wybór w ocenie skarżącego nie może się ostać. W toku badania i oceny ofert ww. Wykonawca otrzymał bowiem zbyt wiele preferencji i „pomocy” ze strony Zamawiającego, który w sposób bezprecedensowy faworyzował ww. Spółkę. Doprowadziło to do naruszenia podanych w *petitum* odwołania przepisów ustawy.

Wyjaśniając powyższe, w pierwszej kolejności skarżący zwraca uwagę na fakt, iż złożona oferta Spółki pod firmą „Zakład Gospodarki Komunalnej Gminy Olszewo – Borcki Sp. z o o.” była niekompletna już w dniu otwarcia ofert. W zakreślonym terminie do składania ofert Zamawiającemu przesłano jedynie:

- formularz oferty (Załącznik nr 1);
- potwierdzenie wpłaty wadium;
- oświadczenie Wykonawcy o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy; kapitałowej, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Załącznik nr 7);
- Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp (Załącznik nr 8);
- Oświadczenie wykonawcy o aktualności danych przedstawionych w oświadczeniu w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 7 ust 1 (Załącznik nr 8a);
- Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) – dla Wykonawcy.

Wykonawca 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.

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 , 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 j. Zobowiązania o oddaniu zasobów, który także miał być złożony wraz z ofertą.)

Jak wynika z historii korespondencji z wykonawcą, w wiadomości z dnia 26 września 2022 r., godz. 8:36, Wykonawca uzupełnił braki w żądanym zakresie, przesyłając do Zamawiającego plik o nazwie „JEDZ – CIAK KAZIMIERZ.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.

Dowód:

- *Elektroniczne Poświadczenie Weryfikacji (EPW)*

– co do stwierdzenia faktu: formy złożenia uzupełnianego ESPD dla podmiotu użyczającego zasoby

Dostrzegając prawdopodobnie ww. błąd, pismem z dnia 28 września 2022 r. Zamawiający po raz ponowny wezwał Wykonawcę 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 Kazimierz Ciak.pdf”. Dokumenty te złożono już w formie elektronicznej.

Dopiero po otrzymaniu ww. formularzy, Zamawiający pismem z dnia 12 października 2022 r., wezwał Wykonawcę do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, a to:

1. wykazu robót budowlanych;
2. dowodów potwierdzających, że wskazane roboty zostały wykonane należycie;
3. wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia;
4. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej posiadającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność na kwotę min. 5 000 000 zł;
5. informacji z Krajowego Rejestru Karnego. ;
6. Oświadczeń o aktualności podmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą (Załącznik nr 7, Załącznik nr 8 oraz Załącznik nr 8a do SWZ);

W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca w dniu 25.10.2022 r. 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 użyczający potencjału;
2. Referencje wystawione przez Andrzeja Wezner oraz Waldemara Giers;
3. Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Wacław Olszewski, Łukasz Cieślak, Wojciech Oprawko) – „podpisany” przez Wykonawcę oraz Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, z własnoręcznym podpisem podmiotu użyczającego potencjału (Wacław Olszewski), 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.

Dowód:

- *Elektroniczne Poświadczenie Weryfikacji (EPW)*

– co do stwierdzenia faktu: formy złożenia podmiotowych środków dowodowych.

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 Kazimierz Ciak 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;

5. 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.

Zamawiający wyznaczył Wykonawcy czas na uzupełnienie dokumentów do 25 listopada 2022 r. do godz. 14.00.

Korygując powyższe uchybienia, Spółka konsekwentnie, w formie skanu, przedstawiła 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.

II. Uzasadnienie prawne

II.1 Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 63 ust. 1 PrZamPubl w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PrZamPubl w 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)

W pierwszej kolejności skarżący wskazuje, 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 jedynie w tym miejscu wskazuję, 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 PrZamPubl.

II.2. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 PrZamPubl

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 w końcu złożony 29 września. Uzupełniono go bowiem w ww. dacie po raz trzeci, na ponowne, niedopuszczalne już wezwanie Zamawiającego.

Z ostrożności jedynie w tym miejscu wskazuję, 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 użyczającego potencjału oraz samego Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, którego treść potwierdzałaby, 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, do złożenia aktualnego na dzień 5 września 2022 r. dokumentu ESPD dla podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający. Kolejno, pismem z dnia 28 września 2022 r Zamawiający 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 Kazimierz Ciak 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 PrZamPubl nie powinien on być brany pod uwagę, a Wykonawca 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.

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 jedynie wskazuję, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 PrZamPubl 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 wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców (tak przykładowo, zamiast wielu: KIO 1648/16, KIO 1660/16).

II.3. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b PrZamPubl

Nawet jednak hipotetyczne uznanie, iż forma przesłanych dokumentów odpowiada ustawie, to i tak ze względu na merytoryczną treść dokumentów nie można byłoby uznać, by Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przed wszystkim Wykonawca nie wykazał, 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 powoływała się na „*perspektywiczną zdolność*”, czyli taką odnoszącą się do dalszej przyszłości. Nie można zatem uznać, by Wykonawca legitymował się wymaganym zasobem w dacie składania oferty.

Co więcej, Wykonawca 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 Kazimierza Ciak, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo Budowlana Kazimierz Ciak. Do oferty, pomimo licznych wezwań, nie przedstawiono jego zobowiązania do użyczenia potencjału doświadczenia, stąd też nie jest możliwe ocenić realność użyczenia.

Co więcej, treść przedstawionych do skorygowanego wykazu robót referencji jest sprzeczna z poprzednio złożonymi dokumentami, a jak wynika z danych dostępnych publicznie w CEIDG, Pan Kazimierz Ciak 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.?

Dowód:

- *Wydruk z CEIDG*

- co do stwierdzenia faktu: potwierdzenia daty rozpoczęcia działalności przez podmiot użyczający potencjału

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 PrZamPubl 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 Odwoływający pragnie także podkreślić, 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 2022r, późnym popołudniem. Odmowa udostępnienia Odwoływającemu oferty wybranej – po terminie wyboru, godzi w sposób istotny w zasadę jawności, która jest naczelną zasadą postępowania 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. Stosownie do treści art. 18 ust. 1 i 2 Ustawy – Prawo Zamówień

„Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”, a „Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie”. Zgodnie natomiast z treścią art. 74 ust. 2 cytowanej ustawy, oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Terminy te zostały w sposób oczywisty 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.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo oraz dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
2. dowód uiszczenia opłaty od wpisu od odwołania
3. potwierdzenia przesłania odwołania Zamawiającemu
4. odpis pełny KRS Odwołującego się
5. dowody powołane w treści pisma