



WOJCIECHOWSKI  
SPRINGER  
I WSPÓLNICY

Warszawa, dnia 15 marca 2021 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**GMINA GNIEZNO**

al. Reymonta 9-11 62-200 Gniezno  
tel. (61) 424 57 50, fax. (61) 424 57 51,  
NIP 784-229-97-18  
[przetargi@ug.gniezno.idsl.pl](mailto:przetargi@ug.gniezno.idsl.pl);  
[k.kazmierski@ug.gniezno.idsl.pl](mailto:k.kazmierski@ug.gniezno.idsl.pl)

**Odwołujący:**

**Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD spółka  
z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.**

ul. Wodna 3, 62-270 Kłecko, KRS: 0000704841  
[henbud@hen-bud.pl](mailto:henbud@hen-bud.pl)

reprezentowana przez: r. pr. Andrzeja Springera  
z kancelarii BWHS Wojciechowski Springer i Wspólnicy  
sp.k. z siedzibą w Warszawie  
adres do doręczeń:  
ul. Żąbkowska 31, 03-736 Warszawa  
Tel.: +48 22 584 16 50  
e-mail: [warszawa@bwhs.pl](mailto:warszawa@bwhs.pl)

***Dotyczy:*** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Budowa budynku szkolno-przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj”**

**Znak postępowania:** GR.271.34.2020

**BZP Ogłoszenie nr 606156-N-2020 z dnia 2020-11-04 r.**

**ODWOŁANIE OD CZYNNOŚCI I ZANIECHAŃ ZAMAWIAJĄCEGO**

**NIEZGODNYCH Z PRZEPISAMI USTAWY PZP**

Działając w imieniu spółki pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa („HENBUD”), na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa, które w załączeniu przedkładam, w oparciu o art. 513 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Ustawą PZP), niniejszym wnoszę **odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań**

**Zamawiającego podczas dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu polegających na:**

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła (dalej również jako GRINBUD), która zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert ofertą najkorzystniejszą nie jest, a powinna zostać odrzucona, jako oferta złożona przez podmiot podlegający wykluczeniu z postępowania;
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) bezpodstawnym wezwaniu w dniu 24 lutego 2021 r. Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 Ustawy PZP, w sytuacji, gdy na wezwaniu z art. 26 ust. 3 Ustawy PZP ww. GRINBUD nie wykazał, że spełnia wymagania Zamawiającego co do doświadczenia, co de facto stanowiło obejście zasady jednokrotnego wzywania do wyjaśnień danych okoliczności z oferty tego wykonawcy;
- 4) bezpodstawnym ponownym wezwaniu w dniu 03 marca 2021 r. Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła z art. 26 ust 3 Ustawy PZP do uzupełnienia treści przedłożonego już uprzednio na wezwanie w tym samym trybie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia GRINBUD niezbędnego potencjału;
- 5) zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

**Czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego zarzucam naruszenie:**

- 1) **art. 7 Ustawy PZP** przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji poprzez m. in:
  - a) bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego bez zastrzeżeń uzupełnień i wyjaśnień Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła w zakresie dokumentów przedkładanych od nowego podmiotu użyczającego GRINBUD referencji, podczas gdy z dokumentów tych nie wynika, że podmiot ten - firma SOL-FA Budownictwo sp. z o.o. spełnia wymagania i nie podlegał wykluczeniu z przetargu na dzień złożenia przez GRINBUD oferty,
  - b) zaniechaniu odrzucenie oferty Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał, że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.
- 2) **art. 91 ust 1 Ustawy PZP** poprzez zaniechanie wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 3) **art. 24 ust 1 pkt 12) Ustawy PZP** poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem dokumenty od podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał GRINBUD nie potwierdzały spełnienia wymagań na dzień złożenia oferty, a także zostały podpisane za zgodność z oryginałem przez nieuprawnionego do tego podmiot.

- 4) **art. 26 ust 3 Ustawy PZP** poprzez ponowne wezwanie w dniu 03 marca 2021 r. Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła do uzupełnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego firmy SOL-FA Budownictwo sp. z o.o.
- 5) **art. 26 ust 4 Ustawy PZP** poprzez wezwanie w dniu 24 lutego 2021 r. Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła do wykazania umocowania dla osoby podpisującej dokumenty ze strony SOL-FA Budownictwo sp. z o.o., naruszając tym samym zasadę jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na daną okoliczność.

**Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła jako najkorzystniejszej;
- b) dokonanie ponownej oceny dokumentów złożonych przez Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD Dominika Sieszczyła i uznanie, że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu
- c) wykluczenie Zakładu Ogólnobudowlanego GRINBUD Dominika Sieszczyła z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12) Ustawy PZP oraz odrzucenia jego oferty,
- d) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

**Warunki formalne odwołania:**

Odwołanie niniejsze spełnia wymagania formalne przewidziane w PZP.

**I.1 Termin do wniesienia odwołania:**

O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w dniu 08 marca 2021 roku, kiedy to Zamawiający powiadomił go za pośrednictwem wiadomości e-mail o wyborze najkorzystniejszej oferty.

**Dowód:**

pismo Zamawiającego z dnia 08 marca 2021 o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wartość Zamówienia nie przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Mając na uwadze powyższe od dnia 08 marca 2021 roku rozpoczyna się bieg 5 – dniowego terminu do złożenia odwołania, określony w art. 515 ust. 1 pkt 2) pod pkt a) Ustawy PZP, który upływa w dniu 15 marca 2021 roku. Niniejsze odwołanie składane jest zatem w przepisany termin, bowiem zgodnie z art. 509 ust 2 Ustawy Pzp *„Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.”*

**I.2 Wpis od odwołania:**

Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie 10.000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2021 r.

**Dowód:**

dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

**I.3 Przesłanie kopii odwołania:**

Odwołujący, przesłał za pośrednictwem poczty e-mail oraz faksem kopię odwołania do Zamawiającego w dniu 15 marca 2021 r.

**Dowód:**

dowód przesłania kopii odwołania do Zamawiającego.

**II Interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej:**

Odwołujący posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 505 i nast. Ustawy PZP.

Oferta Odwołującego, wg przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, jest ofertą spełniającą wszystkie z wymagań SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Zatem gdyby Zamawiający wykonał wszystkie czynności związane z oceną ofert w sposób prawidłowy i dokonał wykluczenia GRINBUD z postępowania, to **wówczas oferta Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.**

Dokonane przez Zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania.

Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja Zamawiającego pozbawia go tego. Fakt wykazania możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego jest więc oczywisty. Z powyższego wynika, że spełniona została także ta przesłanka do wniesienia odwołania. Resumując powyższe, w ocenie Odwołującego zostały spełnione wszystkie przesłanki do wniesienia odwołania przewidziane w Ustawie PZP.

**UZASADNIENIE**

**I. Stan faktyczny**

W dniu 08 marca 2021 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w organizowanym przez niego postępowaniu przetargowym. W niniejszym odwołaniu Odwołujący wskazuje, że czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu wykluczenia GRINBUD z postępowania oraz dokonaniu wyboru oferty GRINBUD jako najkorzystniejszej, nie znajduje podstawy w przepisach Ustawy PZP oraz treści Ogłoszenia i SIWZ. Opierając się na sentencji nadal aktualnego wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2006 r. sygn. UZP/ZO/0-49/06: ***„Wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, jest dopełnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”*** Odwołujący stoi na stanowisku, iż w analizowanej sprawie Zamawiający nie dopełnił ciężącego nie nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonej przez GRINBUD oferty.

Gmina Gniezno (dalej: „Zamawiający”) w dniu 19 lutego 2021 r. wezwała GRINBUD w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia oferty na potwierdzenie zdolności technicznej, tj. wykazania **spełnienia warunku udziału w postępowaniu**, opisanego w rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ.

GRINBUD odpowiedział na wezwanie w dniu 23 lutego 2021 r. załączając referencje poświadczające doświadczenie spółki SOL-FA Budownictwo sp. z o.o. (dalej: „SOL-FA”). GRINBUD dołączył również zobowiązanie SOL-FA, oddające do dyspozycji

GRINBUD wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne tej spółki jako podwykonawcy GRINBUD . Zobowiązanie jest datowane na dzień **23 lutego 2021 r.** i zostało podpisane przez osobę określoną jako „Józef Strączek – Prezes Zarządu”. Ponadto dokumenty SOL-FA Budownictwo sp. z o.o. zostały podpisane za zgodność z oryginałem nie przez ten podmiot a przez GRINBUD, który nie został umocowany do tego typu czynności.

W dniu złożenia oświadczenia oraz złożenia odpowiedzi przez GRINBUD , w KRS SOL-FA jako Prezes Zarządu SOL-FA ujawniony był (i jest nadal) Pan Sławomir Strączek. Do odpowiedzi nie zostały załączone żadne dokumenty, wykazujące umocowanie Pana Józefa Strączka do składania oświadczeń w imieniu GRINBUD.

Zamawiający w dniu 24 lutego 2021 r. wezwał GRINBUD do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy PZP, wskazując, że wątpliwości Zamawiającego budzi umocowanie osoby, która podpisała zobowiązanie. GRINBUD w odpowiedzi na wezwanie z dnia 24 lutego poinformował o odwołaniu w dniu 15 lutego 2021 r. poprzedniego Prezesa Zarządu SOL-FA i powołaniu nowego Prezesa Zarządu. Do odpowiedzi GRINBUD załączył szereg dokumentów: protokół Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników SOL-FA z dnia 15 lutego 2021 r., wniosek sądu rejestrowego KRS o zmianę danych, datowany 17 lutego 2021 r., potwierdzenie nadania.

Następnie w dniu 03 marca 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał GRINBUD o uzupełnienie treści udostępnienia referencji przez firmę SOL-FA Budownictwo sp. z o.o. o takie dane jak: zakres dostępnych zasobów, sposób wykorzystania udostępnionego zasobu, zakres i okres udziału danego podmiotu w realizacji zamówienia oraz czy podmiot udostępniający referencje wykonana w ramach zamówienia roboty, których udostępnione zdolności dotyczą.

## **II. Brak wykazania przez GRINBUB spełnienia warunków udziału w postępowaniu:**

### **a) Oświadczenie o udostępnieniu referencji dla GRINBUB po dacie składania ofert**

GRINBUD w dniu 23 lutego 2021 r. przedłożył zobowiązanie SOL-FA z dnia **23 lutego 2021 r.** Ponadto wraz ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia GRINBUD wymaganego doświadczenia załączone zostały przez SOL-FA Budownictwo sp. z o.o. oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania również z datą 23 lutego 2021 r. Dokumenty te nie mogą stanowić dowodu spełnienia warunku posiadania zdolności technicznych **na dzień złożenia oferty**, a tym samym GRINBUD powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagą na art. 24 ust 1 pkt 12) Ustawy PZP.

Taka konkluzja wynika z orzecznictwa KIO:

*„Także w aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, **na dzień składania ofert** [...] Powyższe oświadczenie dotyczy stanu rzeczywistego z dnia składania ofert, albowiem przepis ten jednoznacznie stanowi o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym hipotetycznym spełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki” (Wyrok KIO z dnia 20.04.2017 r., KIO 707/16).*

Gdyby nawet uznać, że wskutek złożenia przez GRINBUD pism z dnia 23 lutego oraz 24 lutego 2021 r. wykonawca ten wykazał w należyтым stopniu spełnienie przesłanek posiadania zdolności technicznych (co w istocie nie miało miejsca – vide pkt III poniżej), to warunek ten byłby spełniony nie na dzień złożenia oferty, ale dopiero na dzień 23 lutego 2021 r.

W sprawie, w której sąd odwoławczy rozważał moment udzielenia pełnomocnictwa umocowującego do składania oświadczeń woli, Sąd stwierdził: „wykonawca nie przedłożył umocowania dla tych osób do występowania w imieniu [...] w okresie przed tą datą, a zatem w czasie składania wniosku” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24.03.2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11).

Jak wynika z przedłożonej przez GRINBUD dokumentacji, w dacie składania oferty **nie dysponował on zasobami SOL-FA**. Zastępowanie jednego podmiotu trzeciego innym, nowym podmiotem, w sytuacji, gdy wykonawca nie zamierzał pierwotnie korzystać z zasobów tego podmiotu, nie jest dopuszczalne. Wprowadzenie nieznanego w momencie składania ofert podmiotu trzeciego stanowi złamanie jednej z kardynalnych zasad zamówień publicznych: zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (por. Wyrok KIO z 23.10.2018 r., KIO 2083/18; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z dnia 09.09.2019 r., sygn. akt V Ga 151/19).

Zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. KIO 1941/19

*„W odniesieniu zatem do jednolitego dokumentu, oświadczeń „zwykłych”, a także zobowiązań podmiotów trzecich (art. 22a ustawy Pzp), na etapie wstępnego badania potencjału wykonawcy, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w ten sposób, że złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia lub zobowiązania powinny być aktualne na dzień składania ofert lub wniosków. Oznacza to, że okoliczności zawarte w uzupełnianych oświadczeniach lub zobowiązaniach muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków. Takie stanowisko zajął też Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”. Powyższy pogląd pozostaje w zgodzie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Zważyć bowiem należy, że możliwość wprowadzenia przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę polegającego na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dysponowałaby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia oferty, niedostępnymi wykonawcom z drugiej grupy. Stanowisko to pozostaje też w zgodzie z art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE.”*

Nie można zatem uznać za skuteczne wykazania spełniania warunków i braku podstaw do wykluczenia przez wykonawcę GRINBUD, jako że dokumenty przekazane przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w dniu 19 lutego 2021 r., dotyczące nowego podmiotu trzeciego, w żaden sposób nie wskazywały na spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Dokumenty te nie tylko datowane są na okres późniejszy niż dzień składania ofert, ale przede wszystkim z ich treści nie wynika, że na dzień składania ofert wykonawca GRINBUD i nowy podmiot trzeci pozostawali w porozumieniu co do udostępnienia wykonawcy zasobów owego podmiotu trzeciego.

Uzyskanie przez wykonawcę dostępu do zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu musi nastąpić przed terminem składania ofert. W przeciwnym bowiem razie oferta składana jest przez podmiot, który warunków takich nie spełnia. Ewentualne uzupełnienie dokumentów musi więc zmierzać do wykazania, że warunki spełnione były już w terminie składania oferty.

Stanowisko powyższe jest zbieżne z Opinią Rzecznika Generalnego M.B. przedstawioną w dniu 24 listopada 2016 r., sprawa C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, który stwierdził, że „co do zasady nie można zezwalać oferentowi na wykazanie, że spełnia on wymogi techniczne i zawodowe zamówienia w drodze powołania się na doświadczenie osób trzecich, które nie zostało wskazane przed upływem terminu składania ofert. Informacje te po prostu nie znalazły się w obrębie pierwotnego obrazu. W związku z powyższym powoływanie się na inny podmiot w wyżej opisany sposób nie stanowi jedynie wyjaśnienia lub formalności. Jest to faktycznie znacząca zmiana oferty. Tym sposobem ulega zmianie sama tożsamość

podmiotów realizujących prace, a przynajmniej tożsamość podmiotu, na którego doświadczeniu się polega. Jest to istotna zmiana mająca wpływ na kluczowy element postępowania. Co więcej, jak wskazała Komisja, zmiana taka może prowadzić do zażądania przez instytucję zamawiającą dalszej weryfikacji, a nawet może mieć wpływ na wybór kandydatów zaproszonych do złożenia oferty. Ujmując rzecz w bardziej ogólny sposób: dopuszczenie takich zmian może z pewnością mieć wpływ na mechanizm konkurencji. Decyzja oferenta, czy polegać na własnym doświadczeniu, czy też powołać się na doświadczenie innego podmiotu, musi zostać podjęta w określonym momencie na podstawie posiadanych w tym czasie przez niego informacji. Danie oferentowi drugiej szansy podjęcia takiej decyzji gospodarczej po upływie pewnego czasu z pewnością może przysporzyć mu przewagi, która kłóci się z wymogiem równego traktowania. Na przykład wiedza o liczbie lub tożsamości konkurentów startujących w przetargu albo spowolnienie na rynku mogą stanowić dla oferenta zachętę do poszukiwania partnera z większym doświadczeniem w celu zwiększenia swoich szans.

Wobec powyższego wykonawca GRINBUD powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego z uwagi na treść art. 24 ust 1 pkt 12) Ustawy PZP.

**b) Potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokumentów od SOL-FA przez podmiot nieuprawniony – wykonawcę GRINBUD:**

Wykazać należy, że Pani Dominika Sierzchuła działająca w imieniu GRINBUD, poświadczyła za zgodność dokumenty (referencje) dotyczące zarówno podwykonawcy SOL-FA, jak i podobnie referencje wystawione dla GRINBUD Jarosław Sierzchuła.

Zgodnie z SIWZ – str. 7 lit. B pkt 1: Pozostałe dokumenty, inne niż oświadczenia, o których mowa w zdaniu powyżej, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO o sygn. KIO 2647/17

*„Jeśli więc dokument dotyczy podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, to poświadczenia dokonuje wyłącznie ten podmiot lub osoba przez niego upoważniona (np. wykonawca), na podstawie stosownego upoważnienia. Zatem, dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby powinny zostać potwierdzone za zgodność z oryginałem przez te podmioty albo przez samego wykonawcę posiadającego stosowne umocowanie do działania w imieniu podmiotów trzecich, na których zasoby się powołuje (w tym także posiadającego upoważnienie do uwierzytelniania składanych w ich imieniu dokumentów).”*

W drodze analogii do uchwały z dnia 3 marca 2016 r., KIO/KU 17/16, odnoszącej się do § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 11 czerwca 2013 r., KIO 1253/13, zgodnie z którym *„kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczone wyłącznie przez te osoby trzecie. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę sformułowania „odpowiednio”, co zdaniem Izby wskazuje na to, że poświadczenie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu.”*

Z uwagi na wykorzystanie już wobec GRINBUD procedury z wezwaniem do uzupełnień w trybie art. 26 ust 3 Ustawy PZP na okoliczność posiadania wymaganego doświadczenia, Zamawiający nie ma podstaw do kolejnego wezwania GRINBUD do uzupełnienia oferty w powyższym zakresie, co do wykazania właściwego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów od podmiotów użyczających GRINBUD referencji.

- 22 Powyższe stanowi o tym, że GRINBUD nie wykazał w sposób należyty spełnienia warunków Zamawiającego do wzięcia udziału w niniejszym postępowaniu, a zatem GRINBUD powinien zostać wykluczony z postępowania.

**c) Ponowne wezwanie do uzupełnienia treści udostępnienia potencjału**

- 23 Bezsprzeczne jest również to, że Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa dokonał ponownego wezwania GRINBUD w dniu 03 marca 2021 r. do uzupełnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia referencji.
- 24 Uzupełnienia te nie mogą być brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie treści oferty GRINBUD.

**III. Bak podstaw do uzupełniania brakującej dokumentacji**

- 25 Ciężar udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy i to on ponosi konsekwencje swoich w tym zakresie zaniedbań. Jak wskazuje się w doktrynie:

*„Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia”<sup>1</sup>.*

- 26 Należy zwrócić uwagę, że **posłużenie się pieczętą „Prezes Zarządu” nie stanowi przewidzianego polskim prawem sposobu wykazania umocowania**. Na gruncie art. 15 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, od dnia ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nikt nie może zastrzegać się nieznaną ogłoszonym wpisów. Na dzień uzupełnienia dokumentacji w Rejestrze Przedsiębiorców jako Prezes Zarządu widniała inna osoba aniżeli ta, która złożyła podpis pod oświadczeniem o udostępnieniu zasobów. Niewątpliwie zatem w przedmiotowej sprawie GRINBUD nie potwierdził w należyty sposób posiadania zdolności technicznych, co aktualizuje po stronie Zamawiającego konieczność wykluczenia wykonawcy GRINBUD i odrzucenia jego oferty.
- 27 Zamawiający nie może wzywać wykonawcy do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp do skutku, ale może zrobić to tylko raz. W ten sposób KIO wypowiedziała się na przykład w wyroku z dnia 26.09.2016 r. (KIO 1648/16):

*„Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie utrwalili się poglądy, że wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma charakter wyjątkowy i jednorazowy [...] Wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów [...] Za absurdalne uznać należy stanowisko odwołującego, że skoro zamawiający nie wskazał w wezwaniu na wadę dokumentu związaną ze sposobem reprezentacji, to ma obowiązek ponownie wezwać odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. Zdaniem Izby, to na wykonawcy (odwołującym) spoczywał obowiązek prawidłowego uzupełnienia dokumentu, w taki sposób, który umożliwiłby jego prawidłową weryfikację przez zamawiającego [podkr. własne - AS]”.*

- 28 Powtórne wezwanie do uzupełniania dokumentacji w odniesieniu do tej samej kwestii w trybie art. 26 ust. 3 jest niedopuszczalne i stanowiłoby obrazę art. 7 ust. 1 Pzp,

<sup>1</sup> I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020, art. 26.



uniemożliwiłoby bowiem prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i byłoby przejawem uprzywilejowania wykonawcy GRINBUD .

- 29 Niedopuszczalne jest nadto wykorzystywanie procedury składania wyjaśnień (art. 26 ust. 4 PZP) do obejścia powyższego zakazu. Procedura ta **nie może służyć uzupełnianiu brakujących informacji**, na co zwróciła KIO w wyroku z dnia 15 stycznia 2016 r., KIO 2792/15:

*„Zamawiający nie naruszył również art. 26 ust. 4 P.z.p. Wprawdzie brzmienie tego przepisu jest kategorię, ale wyjaśniać można wyłącznie treści, które zostały zawarte w oświadczeniu lub dokumencie, i które nie są jednoznaczne. Art. 26 ust. 4 P.z.p. nie może być jednak stosowany w celu uzupełnienia brakujących informacji, których udzielenie jest obowiązkiem wykonawcy. Temu celowi służy art. 26 ust. 3 P.z.p., z którego zamawiający w odniesieniu do wykazu osób już skorzystał.”*

- 30 Dokumenty załączone do pisma GRINBUD z dnia 24 lutego 2021 r. powinny zatem zostać pominięte przez Zamawiającego jako złożone po terminie.
- 31 Idąc dalej, również uzupełnienie treści zobowiązania do użyczenia referencji przez SOLFA na wezwanie Zamawiającego z dnia 03 marca 2021 r. musi zostać pominięte, jako złożone na skutek niezgodnego z Ustawą PZP ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnień.

### **III. Podsumowanie.**

- 32 Powyższe prowadzi do konkluzji, że GRINBUD pomimo wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty nie podołał obowiązkowi wykazania spełnienia warunków stawianych wykonawcom przez Zamawiającego.
- 33 W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy GRINBUD z postępowania, a w konsekwencji do odrzucenia jego oferty.
- 34 Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- 35 Jak wskazuje się w doktrynie, zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. *„Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.”* (M.Stachowiak [w] W.Dzierżanowski, J.Jerzykowski, M.Stachowiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX, 2010.)
- 36 Zdaniem KIO zasada równego traktowania wykonawców polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych) co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy (KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2012 r., KIO 2816/11)
- 37 W niniejszej sprawie Zamawiający naruszył tą zasadę, co znajduje potwierdzenie w zarzutach i uzasadnieniu do niniejszego odwołania.

- 38 Mając na uwadze powyższe, zarzuty zawarte w niniejszym odwołaniu są uzasadnione.  
W związku z tym Odwołujący wnosi jak w petitum,

  
**Andrzej Springer**  
radca prawny

**Załączniki:**

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. Dowód przesłania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową.
4. Odpisy z KRS Odwołującego