



Radom, 18.10.2021 r.

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

Odwołujący:

Development Kinga Rychter

Makowiec ul. Radomska 160

26-640 Skaryszew

tel. [REDACTED]

e-mail: [REDACTED]

NIP: 9482607158

PESEL: [REDACTED]

Zamawiający:

Centrum Usług Wspólnych

Dom Pomocy Społecznej w Radomiu

Ul. Pułaskiego 9

26-600 Radom

Tel. 48 368 09 00

e-mail: sekretariat@cuwradom.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp pn. „Przebudowa związana z adaptacją łazienek dla potrzeb mieszkańców” (nr ogłoszenia: 2021/BZP 00182677/01 i nr postępowania DZP.271.1.54.2021) Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP nr 2021/BZP 00182677/01 z dnia 2021-09-16.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.

ODWOŁANIE

Odwołujący firma Development Kinga Rychter na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021r. poz. 1129 r. ze zm., dalej

cyt. jako „ustawa Pzp”) wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę WBM INWESTYCJE, ul. Toruńska nr 9, 26-600 Radom (dalej cyt. jako „Wykonawca WBM”),
- 2) uznania, że Wykonawca WBM INWESTYCJE, ul. Toruńska nr 9, 26-600 Radom wykazał brak podstaw wykluczenia udziału w postępowaniu zakresie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) zaniechanie w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz ogłoszeniu o zamówieniu udokumentowania braku podstaw wykluczenia wynikających z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) nieuzasadnione żądanie w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz ogłoszeniu o zamówienie w celu braku podstaw wykluczenia oświadczenia odbycia wizji lokalnej,
- 5) zaniechanie wydłużenia terminu składnia ofert przy przewidzianej fakultatywnej możliwości przeprowadzenia czy udziału w wizji lokalnej,
- 6) zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp pomimo, że Odwołujący wnosił w piśmie z dnia 07.10.2021 dowody potwierdzające, wady w postępowaniu dotyczące podstaw wykluczenia, uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 255 ust. 6 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania i wybranie oferty wykonawcy WBM INWESTYCJE, ul. Toruńska nr 9, 26-600 Radom jako najkorzystniejszą pomimo, że odwołujący w piśmie z dnia 07.10.2021 wskazał błędy w SWZ i ogłoszeniu o zamówienie polegające na sprzecznych oraz nieprawidłowych zapisach dokumentacji postępowania tj;
 - brak oświadczenia o aktualności spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia (aktualizacja oświadczenia wstępnego składanego wraz z ofertą),
 - nieprawidłowe wprowadzenie do SWZ (§11) zapisu oświadczenia o odbytej wizji lokalnej jako podmiotowy środek dowodowy. W treści ogłoszenia w sekcji V Kwalifikacja wykonawców w pkt 5.6 wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu brak jest żądania oświadczenia o odbytej wizji lokalnej.

W zakresie braku podstaw wykluczenia Wykonawca WBM INWESTYCJE, ul. Toruńska nr 9, 26-600 Radom nie wykazał braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, ujętych w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz ogłoszeniu o zamówieniu tj. nie wykazał, że nie jest:

1) osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dziennik Ustaw – 39 – Poz. 2019

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) pracy małoletnich cudzoziemców, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;

3) wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

4) wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Bowiem: Zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust 1 pzp (oświadczenie wstępne) w zakresie podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu

W zakresie nieprawidłowego wprowadzenie do SWZ (§11) zapisu oświadczenia o odbytej wizji lokalnej jako podmiotowy środek dowodowy. Potwierdzenie odbycia bądź nieodbycia wizji lokalnej nie jest przez ustawodawcę kwalifikowane jako podmiotowy środek dowodowy. Zarówno przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. jak również Rozporządzenie Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 w sprawie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy nie uprawniają zamawiającego do kwalifikowania żadanego w §11 ppkt 6 SWZ oświadczenia jako podmiotowy środek dowodowy,

– **naruszenie art. 274 ust. 1 oraz 131 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez odpowiednio żądanie w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe) oświadczenia o odbyciu wizji lokalnej, którego ustawodawca nie przewidział w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, ani w ustawie Prawo zamówień publicznych.

– **naruszenie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp** poprzez odpowiednio zaniechanie wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania w zakresie udokumentowania braku podstaw wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp,

- **naruszenie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp** poprzez odpowiednio zaniechanie wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania w zakresie udokumentowania braku podstaw wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp,

- **naruszenie art. 131 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez odpowiednio zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert od ustawowych terminów minimalnych przy jednoczesnym zaleceniu odbycia wizji lokalnej

2) **naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady przejrzystości dokumentacji postępowania, a co za tym idzie nie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 kwietnia 2017 KIO554/17 zasada przejrzystości, nazywana też zasadą transparentności, oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez Pzp, informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. Przejrzystość w odniesieniu do decyzji zamawiającego oznacza zaś, że motyw, którymi kieruje się zamawiający podejmując te decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezienne w toku prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to

prorowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę

Wyrazem zasady przejrzystości zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 2 września 2014r VIII Ga 432/13 są wszystkie określone w Pzp obowiązki informacyjne nałożone na zamawiającego (...) Zamawiający, realizując zasadę przejrzystości poprzez przekazywanie informacji wymaganych przez Pzp, umożliwi korzystanie przez wykonawcę m.in. z prawa do posiadania pełnej wiedzy w zakresie tego, jakimi przesłankami kierował się zamawiający, oceniając jego ofertę i inne oferty i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp **wnoszę o:**

- 1) stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;
- 2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b) unieważnienie postępowania z powodów błędów formalnych zawartych w specyfikacji warunków zamówienia(SWZ) oraz ogłoszeniu o zamówienie.
- 3) na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp **interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku**. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia, utratę spodziewanego zysku z wykonania zamówienia oraz poniesienie kosztów w związku z przygotowaniem oferty.

Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana w dniu 12 października 2021 r., co oznacza że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 17 października 2021 r., a z uwagi na to, że koniec terminu do wykonania tej czynności przypada na niedzielę to - stosownie do art. 509 ust. 2 ustawy Pzp - termin ten upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy tj. w dniu 18 października 2021 r. (poniedziałek), W związku z tym termin na wniesienie przedmiotowego odwołania zostaje zachowany.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego jest przebudowa związana z adaptacją łazienek dla potrzeb mieszkańców. W SWZ (§ 9 pkt. 1) Zamawiający określił, że w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania będzie wymagał spełnienia przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp tj. że Zamawiający z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

- a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,
- b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,
- c) o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dziennik Ustaw – 39 – Poz. 2019
- d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,
- e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,
- f) pracy małoletnich cudzoziemców, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769),
- g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo

przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

- 2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;
- 3) wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;
- 4) wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;
- 5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;
- 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na potwierdzenie przez Wykonawców powyższych wymagań Zamawiający w § 11 SWZ „Dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe)” wskazał, że wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych (...), aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych żąda jedynie:

- oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2021 poz. 275), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej,

- **Oświadczenia o wizji lokalnej**, zawartego w pkt. 15 Formularza ofertowego w brzmieniu:

„Oświadczam, że w dniudokonaliśmy wizji lokalnej i zapoznaliśmy się z zakresem prac koniecznych do wykonania oraz czynnikami cenotwórczymi związanymi z warunkami realizacji zamówienia, celem uwzględnienia ich w realizacji zamówienia pn. „Przebudowa związana z adaptacją łazienek dla potrzeb mieszkańców”.

Lub

„Oświadczam, że nie dokonaliśmy wizji lokalnej, posiadamy wszystkie istotne informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty do realizacji zamówienia pn. „Przebudowa związana z adaptacją łazienek dla potrzeb mieszkańców”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wymagając w dokumentacji postępowania, a tym samym nie wzywając do złożenia oświadczenia o aktualności oświadczenia z art. 125 pzp Zamawiający nie posiada potwierdzenia (nie zbadał) na dzień złożenia, że oferta uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu.

Należy zauważyć, że w § 11 SWZ - oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe), Zamawiający wskazał w ust. 2 pkt 1 i 6, że na wezwanie (*de facto* w celu potwierdzenia spełnienia braku podstaw wykluczenia określonego w § 9 SWZ – przyp. aut.) wykonawca złoży jedynie oświadczenie o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz oświadczenie o odbyciu wizji lokalnej, nie określając dokumentów bądź oświadczeń jakich będzie żądał na potwierdzenia braku podstaw

wykluczenia z postępowania w odniesieniu do przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

Z literalnej treści ww. podstaw wykluczenia ujętych w § 9 SWZ wynika jednoznacznie, że w kontekście spełnienia braku podstaw wykluczenia Zamawiający powinien żądać aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych zawartych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, którego oferta uplasowała się najwyżej w rankingu oceny ofert w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, co najmniej oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (oświadczenie wstępne składane wraz z ofertą), zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 lub 4–6 rozporządzenia, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego.

Odmienne rozumienie przedmiotowych podstaw wykluczenia, byłoby nie tylko sprzeczne z literalną treścią ustawy Pzp jak również z przywołanym Rozporządzeniem, ale dodatkowo byłoby również absurdalne. Oznaczałoby to bowiem, że dla ubiegania się o zamówienie udzielane w przedmiotowym postępowaniu (dotyczące przebudowy **związanej z adaptacją łazienek dla potrzeb mieszkańców**) na potwierdzenie złożonego na dzień składania ofert oświadczenia, o którym mowa art. 125 ust. 1 ustawy Pzp) wystarczające byłoby wykazanie się jedynie oświadczeniem o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2021 poz. 275), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - Załącznik Nr 5 do SWZ.

Podkreślić należy, że oświadczenie o którym mowa art. 125 ust. 1 ustawy Pzp stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Ustawodawca obligatoryjnie zobowiązał Zamawiającego w ustawie Pzp, aby przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwał Wykonawcę,

którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia, aktualnych na dzień złożenia po wezwaniu z art. 274 ust 1 pzp podmiotowych środków dowodowych.

Istotnym jest, że podmiotowe środki dowodowe są żądane przez Zamawiającego, a następnie składane przez Wykonawcę, w konkretnym celu tj. na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia udziału w postępowaniu, określonych w § 9 SWZ. Wskazuje na to chociażby sama definicja podmiotowych środków dowodowych zawarta w art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, nakazując rozumieć je jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto charakter i cel składania podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania wynika z § 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020r. poz. 2415). Wskazano w nim we wprowadzeniu do wyliczenia, po którym wymieniono wśród podmiotowych środków dowodowych, w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne że zamawiający, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, może zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 lub 4-6 tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

- **art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2** ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą",

- **art. 108 ust. 1 pkt 4** ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, żądać oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych

w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego.

Zamawiający może bowiem żądać oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, cyt. „w celu potwierdzenia przez wykonawcę braku podstaw wykluczenia w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu w wyniku wezwania przez Zamawiającego do złożenia na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowych środków dowodowych tylko w zakresie określonym oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), oraz zaniechanie, bądź nie żądanie dokumentów na potwierdzenie **art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp** tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia o niezaleganiu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, oświadczenia stosownie do art.

108 ust. 1 pkt 4 lub żądania udokumentowania podstaw wykluczenia z postępowania poprzez żądanie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp w zakresie podstaw wykluczenia (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych) Zamawiający nie posiada wiedzy o aktualności braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 108 ust 1 pkt 1, 2, 3 i 4.

W ocenie Odwołującego uzupełnione na podstawie art. 274 pzp oświadczenia o „grupie kapitałowej” oraz „wizji lokalnej” nie pozwalają na uznanie, że Wykonawca WBM potwierdził spełnianie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu określonego w SWZ (§ 9) odnośnie do podstaw wykluczenia, a tym samym, aby można było uznać, że jego oferta nie podlega odrzuceniu i można wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą. **Brak potwierdzenia przez wykonawcę podstaw wykluczenia wynika jednoznacznie z treści SWZ (§ 9 i 11) „Podstawy wykluczenia z postępowania” oraz „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe)”.** Rozbieżność między zakresem podstaw wykluczenia zamieszczonych w SWZ a wymogami w tej kwestii opisanymi w treści oświadczeń i dokumentów, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy, stanowiło wystarczającą przesłankę do skorzystania z uprawnienia do przeprowadzenia czynności unieważnienia postępowania przed dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czego Zamawiający nie uczynił, a o czym Odwołujący poinformował Zamawiającego w piśmie z dnia 07.10.2021r.

Odwołujący pragnie podkreślić, że ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, które przez Zamawiającego zostały wyartykułowane w SWZ w sposób jednoznaczny. Zamawiający musi mieć więc świadomość, że podstawy braku wykluczenia z udziału w postępowaniu nie mogą być przez niego zmieniane w toku postępowania czy odmiennie oceniane niż zostało to zapisane ustawie Pzp oraz Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a zapisy zawarte w SWZ powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Ich interpretacja na etapie badania i oceny ofert podlega bowiem ścisłej wykładni, zgodnie z ich literalnym brzmieniem.

Nie można pomijać faktu, że Zamawiający wskazał w SWZ (§ 19 pkt. 5), że **zaleca** aby Wykonawca dokonał wizji lokalnej na terenie, na którym będą prowadzone roboty budowlane oraz uzyskał na swoją odpowiedzialność i ryzyko, wszelkie istotne informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty, a oświadczenie o wizji lokalnej zawarł w treści oferty poprzez

zaznaczenie właściwego wariantu oraz że Zamawiający nie przewiduje konieczności sprawdzenia przez Wykonawcę innych dokumentów niż te udostępnione w postępowaniu.

Ponadto w ocenie odwołującego sformułowane w formularzu oferty oświadczenie o wizji lokalnej jest bezprzedmiotowe (zarówno wykonawcy odbywający wizję jak również składający oświadczenie o braku odbycia wizji są dopuszczeni do realizacji zamówienia). Treść oświadczenia zawarta w formularzu ofertowym jest przejawem nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców bowiem zgodnie z treścią oświadczenia zamawiający na równi traktuje treść:

„ ... dokonaliśmy wizji lokalnej i zapoznaliśmy się z zakresem prac **koniecznych do wykonania** oraz czynnikami cenotwórczymi związanymi z warunkami realizacji zamówienia, celem uwzględnienia ich w realizacji zamówienia..”

Oraz

„...nie dokonaliśmy wizji lokalnej, posiadamy wszystkie istotne informacje, które **moga być konieczne do przygotowania oferty do realizacji zamówienia ..**”

Zamawiający nie zachowuje tym samym znamion określenia w dokumentach zamówienia obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów i zasad które zobligowany jest stosować w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z tego względu Zamawiający powinien był co najmniej tak sformułować oświadczenia by miały one równoważne znaczenia i w sposób jednoznaczny określały stawiany wymóg.

W ocenie Odwołującego błędem również jest to, że przedmiotowe oświadczenie zostało zawarte w formularzu ofertowym i Wykonawca był zobligowany oświadczyć odbycie lub nie odbycie wizji lokalnej na dzień składania ofert natomiast zapis, który obliłował go do tego został zapisany w SWZ (§ 11) „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe)”.

Ponadto jeżeli Zamawiający zalecał odbycia wizji lokalnej, albo jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę zamówienia zgodnie z art. 131 ust. 2 ustawy Pzp wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez Wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z ty że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.

Tymczasem Zamawiający ogłosił na stronie prowadzonego postępowania oraz w Biuletynie zamówień publicznych przedmiotowe postępowanie w dniu 16.09.2021 r. określając w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówienie termin otwarcia na dzień 01.10.2021 r. tj. min. 14 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.

Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza stoi na stanowisku, że „ (...) w przypadku gdy przewidziana jest tylko fakultatywna możliwość przeprowadzenia czy udziału w wizji, terminy składania ofert również powinny być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone.”

Nie może zatem budzić najmniejszych wątpliwości, również to, że w przywołanym Rozporządzeniu ustawodawca nie przewidział żądania od Wykonawcy oświadczenia lub innego dokumentu, w celu wykazania braku podstawy wykluczenia na okoliczność odbycia wizji lokalnej.

Zamawiający wychodząc ponad ustanowione przez ustawodawcę przepisy prawa wymaga oświadczenia o wizji lokalnej umieszczając to żądanie w SWZ (§ 11) „Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe)”. Tego zapisu nie znajduje się już w Ogłoszeniu o zamówieniu (nr. 2021/BZP 00182677/01 z dnia 2021-09-16). W sekcji V (Kwalifikacja Wykonawców) pkt. 5.6 Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu Zamawiający wymaga jedynie oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2021 poz. 275), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - Załącznik Nr 5 do SWZ. oraz Odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, sporządzony nie wcześniej, niż 3 miesiące przed złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji.

W ocenie Odwołującego nieuprawnione żądanie przedłożenia w/w oświadczenia (w zakresie wizji lokalnej) w ramach niepodlegania wykluczeniu z postępowania jak również fakt, że ten wymóg nie znajduje się w ogłoszeniu o zamówienie skutkuje, formalną i prawną wadą przedmiotowego postępowania, która w ocenie Odwołującego ma charakter nieusuwalny.

Dokonana przez Odwołującego analiza prowadzi do wniosku, że Zamawiający szczegółowo nie określił w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu oświadczeń i dokumentów, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe). Tym samym Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu z postępowania. To uchybienie proceduralne, które nie może być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania w inny sposób jak tylko poprzez unieważnienie postępowania.

W świetle orzecznictwa TSUE wyrok z dnia 20 maja 2020 r. w sprawie T-258/06 do udzielania zamówień o wartości nieosiągających progów unijnych zastosowanie znajdują reguły uczciwej i bezstronnej procedury udzielania zamówień z przejrzystym i obiektywnym podejściem oraz zgodnością ostatecznej decyzji udzielenia zamówienia z regułami postępowania ustalonymi na początku.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia Zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczenia aktualności informacji określonych w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp określonych w przywołanym Rozporządzeniu, musiałby takie dokumenty wskazać w SWZ (§ 11) czego Zamawiający nie uczynił.

Rozbieżność między zakresem podmiotowych środków dowodowych wynikających z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp brakiem określenia w SWZ oraz Ogłoszeniu o zamówienia pełnego wykazu podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodleganiu wykluczenia uwzględniające wszystkie przesłanki obligatoryjne zawarte w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, żądanie w SWZ oświadczeń których ustawodawca nie przewidział w przywołanym Rozporządzeniu ani ustawie Pzp, niespójne zapisy w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówienia pod względem wykazu podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodleganiu wykluczenia, nie wskazanie dłuższego terminu składania ofert w związku z zaleceniem fakultatywnie odbycie wizji lokalnej wskazują jednoznacznie, że Zamawiający nie dochował należytej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo wskazania tych naruszeń przez Odwołującego. Zamawiający nie podjął żadnej czynności pozwalającej na usunięcie wad. W opinii Odwołującego dopuszczalność usunięcia przedstawionych wad postępowania możliwe jest na tym etapie wyłącznie poprzez unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał oceny Wykonawcy WBM pod kątem wykazania braku podstaw wykluczenia w sposób niezgodny z warunkami określonymi w § 9 SWZ. Dokonana ocena znacznie odbiega od treści (literalnego brzmienia) podstaw określonych ustawie Pzp oraz Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz od warunków określonych w SWZ. Można pokusić się nawet o stwierdzenie, że Zamawiający nie dokonał w zasadzie oceny, tylko bez dołożenia należytej staranności (bezrefleksyjnie) przyjął, że to co przedłożył Wykonawca WBM na dzień składania ofert w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i uznał że oświadczenie wstępne jest wystarczające do oceny spełniania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Brzmienie wykazu podmiotowych środków dowodowych przyjęte przez ustawodawcę ma na celu zagwarantowanie, aby wykonawca, który podejmie się realizacji zamówienia, nie podlegał wykluczeniu na każdym etapie postępowania w konkretnie wskazanym przez Zamawiającego obszarze tj. na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wymagać zatem powinien konkretnie żądania na potwierdzenie podstaw wykluczenia określonych dokumentów lub oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp tylko w ten właśnie sposób Zamawiający mógł zweryfikować czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Sam bowiem fakt, że dany wykonawca w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oświadcza, że brak jest wobec niego podstaw wykluczenia stanowi jedynie dla Zamawiającego dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Należy podkreślić, że dysponowanie przez Zamawiającego jedynie oświadczeniem, Wykonawcy o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz brak żądania aktualności tego oświadczenia lub dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi spełniać wymagane podstawy wykluczenia rzeczywiście, na potwierdzenie czego powinien przedstawić określone w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W odniesieniu do braku podstaw wykluczenia oznacza to, że musi to być oświadczone faktycznie przez danego wykonawcę złożone (aktualizowane). Przyjęcie

stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji.

Mając na uwadze powyższe, w odniesieniu do braku żądania przez Zamawiającego w SWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów lub aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie podjął z należytą starannością czynności weryfikacji braku podstaw wykluczenia Wykonawcy WBM, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisane podstawy wykluczenia, tj. nie podjął czynności wezwania do wszystkich dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstawy wykluczenia, ponadto Zamawiający nie przewidział w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu żądania przedmiotowych dokumentów i oświadczeń, co stanowi naruszenie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, że brak jest wobec niego podstaw wykluczenia, na dzień wezwania nie można jednoznacznie wskazać, że oferta firmy WBM powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza gdyż wykonawca nie wykazał aktualności oświadczenia wstępnego w zakresie wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 108 ust. 1 pzp.

W ocenie Odwołującego faktem jest, że dokumentacja SWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i powinno zostać unieważnione przez Zamawiającego na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Podkreślić należy, że w świetle art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający winien był wzywać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, (...) lub dokumentów zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia podmiotowych środków dowodowych w pełnym zakresie określonym w SWZ. Zamawiający, powinien mieć na względzie, że brak wezwania do wykazania braku podstaw wykluczenia w niepełnym zakresie określonym w § 9 SWZ, stanowi naruszenie przepisów ustawy w art. 16 pzp oraz nierozwianie wątpliwości zamawiającego co do treści podmiotowych środków dowodowych, skutkować będzie wyborem wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Niezmiernie istotny jest zatem art. 274 ust. 1 z którego wynika, że wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych lub aktualności podmiotowych środków dowodowych powinny dotyczyć wszystkich przewidzianych w art. 108 ust.1 a nie wybranych uznaniowo przez Zamawiającego. Brak wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy WBM do złożenia oświadczenia o aktualności podmiotowych środków dowodowych powoduje, że Zamawiający na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty nie był w stanie ocenić czy brak jest podstaw wykluczenia zawartych jako obligatoryjne w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 274 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych (np. dokumentów lub oświadczenia o aktualności podmiotowych środków dowodowych) w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

Ciężar wykazania spełnienia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Zamawiając w jasny i przejrzysty sposób powinien określić w SWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu jakich dokumentów i oświadczeń będzie żądał – czego Zamawiający nie uczynił. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że brak jest wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Działania Zamawiającego nie tylko nie znajdują uzasadnienia w literalnym brzmieniu postanowień ustawy Pzp oraz Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a zapisy SWZ są obarczone wadami formalnymi i prawnymi. Pozostają również w opozycji wobec celu formułowania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem przyjąć - tak jak to uczynił Zamawiający przyjmując, że Wykonawca WBM nie podlega wykluczeniu udziału w postępowaniu tylko na podstawie złożonego na dzień składania ofert oświadczenie o którym mowa art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe - oznaczałoby to, że wykazanie braku podstaw wkluczenia z udziału w postępowaniu zostaje wykazane już na etapie składania ofert. Ustawodawca obligatoryjnie zobowiązał Zamawiającego w ustawie Pzp aby przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia, **aktualnych na dzień złożenia** podmiotowych środków dowodowych.

Przywołane naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp są w ocenie Odwołującego naruszeniami, które miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ uznanie przez Zamawiającego wbrew przepisom ustawy Pzp, że Wykonawca WBM nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zamiast do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp.

W świetle powyższego Zamawiający – zdaniem Odwołującego - nie miał możliwości weryfikacji spełnienia przez Wykonawcę WBM określonych w SWZ braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, bo nie żądał dokumentów, które dokumentowałyby ten brak wykluczenia. Dokonana przez Zamawiającego ocena w przedmiocie wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w tym zakresie wskazuje ewidentnie na to, że była obciążona błędem o nieusuwalnym charakterze w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

Pomimo tego Zamawiający uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zamawiający nie unieważnił postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jako postępowanie, które obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tego rodzaju naruszenie przepisów ustawy Pzp jest naruszeniem mającym wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, ponieważ doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy WBM jako najkorzystniejszej zamiast do unieważnienia postępowania.

Z uwagi na powyższe odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie i wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
2. Dowód przekazania (kopii) odwołania Zamawiającemu
3. Kopia odpisu z CEiDG Odwołującego
4. Dowody wymienione w odwołaniu (pismo z dnia 07.10.2021 skierowane do Zamawiającego, SWZ, Ogłoszenie o zamówieniu, Zawiadomienie o wyborze, Oferta wykonawcy WBM)