

WYROK
z dnia 17 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Ascoinstal Sp. z o.o. w Warszawie i Ascoklima Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bielany

przy udziale wykonawcy E.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich z powodu niewykazania posiadania odpowiedniej zdolności finansowej, zgodnie z pkt 1.2.2. SIWZ, z powodu złożenia niepodpisanego zaświadczenia z banku,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. wykonawcy E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej, określonego w lit. a pkt 1.2.3. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bielany i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum Ascoinstal Sp. z o.o. w Warszawie i Ascoklima Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bielany na rzecz konsorcjum Ascoinstal Sp. z o.o. w Warszawie i Ascoklima Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

wyroku z dnia 17 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1264/20

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Bielany, ul. Żeromskiego 29, 01882 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Klimatyzacja w budynku Urzędu Dzielnicy Bielany w zakresie trzonu B oraz w zakresie trzonu A na 3 piętrze budynku (Układ jednostki zewnętrznej OAC-5-1)”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym 9 marca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 520496-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 8 czerwca 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ascoinstal Sp. z o.o., ul. Rondo 1, 00-124 Warszawa i Ascoklima Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa (dalej zwani jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna): art. 7 ust. 1 i 3, art. 92 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 4 p.z.p. i żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E. S.w Jakubowicach Konieńskich (dalej zwanego jako „Iglo-Klima”) oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, a także ponowny wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący podniósł co następuje.

1. Naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 p.z.p.

W ocenie odwołującego zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Natomiast w niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem kluczowym zasad i przepisów, w tym przede wszystkim zamawiający zamierza udzielić zamówienie wykonawcy, który winien być wykluczony z przetargu.

2. Naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 4 p.z.p.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Iglo-Klima złożył wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 25a ust. 1 p.z.p. dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 4 do SIWZ) wskazując, iż w celu wykazania spełniania warunku określonego w części III 1.2.3. lit. a SIWZ polega na zasobach innego podmiotu, tj.: Tempcold Sp. z o.o., ul. Burleska 3, 01-929 Warszawa. Następnie, na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 28.04.2020 r., wykonawca Iglo-Klima złożył oświadczenie datowane na dzień 06.05.2020 r.

Otożsamej treści dla HUP-BUD Sp. z o.o. Odwołujący zacytował pkt 1.3, 1.3.1 i 1.6.1.2. SIWZ

1) podniósł, że ze złożonego przez wykonawcę zobowiązania nie wynika, iż podmiot trzeci udostępnia doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w SIWZ w części III 1.2.3. lit. a. Podmiot ten zobowiązał się oddać do dyspozycji niezbędne zasoby: wiedza oraz doświadczenie zawodowe zdobyte na innych budowach, obiektach potwierdzone referencjami na wykonanie robót budowlanych w zakresie instalacji klimatyzacji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. Kiedy według odwołującego

Orealizacji zamówienia można mówić po podpisaniu umowy, więc zdaniem odwołującego ze zobowiązania nie wynika fakt, iż HUP-BUD Sp. z o.o. oddał do dyspozycji doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że w celu oceny, czy wykonawca, polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a p.z.p., będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zobowiązanie podmiotu trzeciego musi co najmniej określać zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego (§ 9 ust.

1) pkt 1-3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126)). Z treści zobowiązania musi także wynikać, że podmiot ten zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą (art. 22a ust. 4 p.z.p. oraz § 9 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia). Zatem w opinii odwołującego z przedstawionego przez wykonawcę Iglo-Klima zobowiązania nie sposób wywieść, iż podmiot trzeci udostępnia również doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zaś z racji, iż jest to oświadczenie podlegające ocenie przez zamawiającego, to powinno z niego w sposób precyzyjny i jednoznaczny wynikać jaki jest zakres udostępnienia i zobowiązania (bez dodatkowych dokumentów w postaci wykazu robót i referencji).

Dalej odwołujący zauważył, że wykonawca Iglo-Klima dwukrotnie przedstawił oświadczenie stanowiące załącznik nr 4 do SIWZ, tj. wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania do uzupełnienia, i pomimo zmiany podmiotu trzeciego wykonawcy nie wykazał się oświadczeniem o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, gdyż dwukrotnie złożone oświadczenia odnoszą się do Tempcold Sp. z o.o. W wyniku zmiany podmiotu trzeciego brak jest wymaganego oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tak, jak w ostatnim piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający wskazał, w przypadku zmiany podmiotu trzeciego wykonawcy winien przedstawić wszystkie wymagane dokumenty w SIWZ.

Ponadto, zdaniem odwołującego, zamawiający nie wykazał się starannością przy ocenie załączonych dokumentów i nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. w zakresie czy załączone referencje dotyczyły firmy HUP-BUD Sp. z o.o. czy Sp. z o.o. Sp. k., czy też działalności gospodarczej HUP BUD B. W. .

Odwołujący wskazał również, że wykonawca Iglo-Klima przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w przetargu zaświadczenie z banku o wysokości środków na koncie, datowane na 17.04.2020 r. Dokument nie został podpisany, w żaden sposób nie ma możliwości zapoznania się kto (imię i nazwisko, stanowisko) podpisał się pod dokumentem. Zamawiający nie zweryfikował zaświadczenia, kiedy z informacji uzyskanej przez odwołującego w centrali banku wynika, że nie jest możliwe wydanie zaświadczenia, na którym nie widnieją pieczętki łącznie dwóch pracowników. Brak rzetelnego zbadania ww. dokumentu eliminuje skonstruowanie zarzutu, gdyż nie ma on możliwości i uprawnień zamawiającego, aby zweryfikować prawdziwość dokumentu w placówce banku w Lublinie.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E.S., ul. Świerkowa 2 21-003 Jakubowice Konińskie (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i zostało wniesione przez podmiot uprawniony, posiadający legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Skład rozpoznający spór nie podzielił argumentacji przystępującego, którą poparł zamawiający, w zakresie konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 p.z.p. Stanowisko o interpretowaniu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., jako możliwości zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej rozumianej wąsko - jedynie jako ocena oferty w kryteriach oceny ofert, zostało odrzucone przez Sąd Najwyższy w uchwałach z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17 i sygn. akt III CZP 58/17 oraz w wyroku z 23 maja 2018 r. sygn. akt IV CSK 448/17. Skład orzekający podziela trafną argumentację Sądu Najwyższego, iż przez zaskarżenie wyboru oferty najkorzystniejszej, na kanwie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., należy rozumieć prawo odwołującego do kwestionowania zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego w przetargu, czy odrzucenia jego oferty. Zatem, w ocenie Izby nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, w związku z oświadczeniem odwołującego złożonym na posiedzeniu, w przedmiocie wycofania odwołania w zakresie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego co do posiadania odpowiedniej zdolności finansowej z powodu złożenia nieprawidłowej opinii bankowej, Izba uwzględniła modyfikację stanowiska procesowego odwołującego i umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 tenoru sentencji wyroku.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

-do oceny czy przystępujący w sposób prawidłowy złożył oświadczenie na podstawie art. 25a ust. 1 p.z.p. oraz czy właściwie wykazano spełnienie warunku udziału w przetargu dotyczącego lit. a pkt 1.2.3. części III SIWZ, w tym czy właściwie wykazano udostępnienie zasobów przez HUB-BUD Sp. z o.o. w Lublinie. Odwołujący podnosił również, że zamawiający w sposób nierzetelny zweryfikował referencje przedłożone przez przystępującego w zakresie tego, kto faktycznie wykonał wskazane tam roboty,

-do zweryfikowania czy zarzucane nieprawidłowe działania i zaniechania zamawiającego spowodowały, że w przetargu doszło do naruszenia zasad naczelnych ustawy z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., a także czy naruszono art. 92 ust. 1 p.z.p.;

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu

Opostanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a przystępującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym

1prawnym. W ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzuty zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, w sytuacji, kiedy wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej, ponieważ wykazano prawidłowe posiadanie doświadczenia jedynie dla jednej z dwóch wymaganych przez zamawiającego robót (lit. a pkt 1.2.3. SIWZ). Przechodząc do omówienia poszczególnych zarzutów, najpierw tych, które Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła, wskazuje się co następuje.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 maja 2020 r. do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., przystępujący przedłożył m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego HUB-BUD Sp. z o.o., ul. Łużyczan 10 lok. U7, 20-830 Lublin, wykaz robót budowlanych, dwa listy referencyjne i oświadczenie z 25 maja 2020 r. HUB-BUD Sp. z o.o. w Lublinie. Odwołujący zarzucał brak prawidłowego udostępnienia zasobów na kanwie złożonego zobowiązania. Skład orzekający w tym zakresie podzielił w całości prawidłowe stanowisko zamawiającego i stwierdził, że udostępnienie wymaganych zasobów zostało dokonane w sposób prawidłowy.

Zarzuty zdaje się dotyczyć nie faktycznej, merytorycznej oceny złożonych dokumentów, która mogłaby podważyć ocenę dokonaną przez zamawiającego, a sprowadzają się do poszukiwania jakiegokolwiek nieprecyzyjności, rzekomej niedokładności czy innego pozornego mankamentu zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału zawodowego. Innymi słowy, zamiast podważyć skuteczność i prawidłowość dokumentów, odwołujący przytoczył ich treść i uznał, że on złożone dokumenty oceniliby inaczej, czyli zdaniem odwołującego nie zobowiązano się do udostępnienia wymaganej wiedzy i doświadczenia do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, a zobowiązano się jedynie do realizacji umowy. Umknęło uwadze strony - pomijając już cel składania zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów podmiotowych, którym jest potwierdzenie spełniania warunków udziału w przetargu (wykładnia oświadczenia woli ze względu na okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone (art. 65 § 1 k.c.) i konieczność interpretacji treści zobowiązania przez pryzmat art. 22a ust. 2 p.z.p. w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z zm.), dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów”, a także pkt 1.6.1.2. SIWZ) - że w jego treści przedsiębiorca wskazał, że oświadczenie składa stosownie do art. 22a ust. 4 p.z.p., czyli w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia i doświadczenia. Zatem, już z samego brzmienia zobowiązania, które odwołujący pominął, wynika, że oświadczenie nie dotyczy udostępnienia potencjału wyłącznie do realizacji zamówienia, a także do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, więc zarzut ten, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw, został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

W zakresie zarzutu rzekomego braku prawidłowego oświadczenia z art. 25a ust. 1 p.z.p., należy jedynie krótko przypomnieć, że tzw. oświadczenie wstępne składa się na pierwszym etapie oceny ofert i zastępuje ono dokumenty, których żąda się w trybie art. 25 ust. 1 p.z.p., więc na tym etapie oświadczenie wykonawcy, aktualne na dzień składania ofert, zastępuje pełną dokumentację dowodową, która jest wymagana w dalszej kolejności (wszystkie dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy). Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku procedury odwróconej, gdzie dokumenty na potwierdzenie spełnienia określonych wymagań przedstawia tylko i ten wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej

oceniona. Od zamawiającego, o czym przesądza treść dokumentacji postępowania, zależy jakie przesłanki wykluczenia i jakie warunki udziału w postępowaniu, za pomocą jakich środków dowodowych, winien wykazać wykonawca.

Odwolujący zarzucał nieprawidłowość oświadczenia wstępnego, które zgodnie z art. 25a ust. 1 p.z.p. winno być aktualne na dzień złożenia ofert, z powodu dokonania zmiany podmiotu udostępniającego zasoby w toku przetargu. Jak zasadnie wskazał zamawiający na podstawie oświadczenia przystępującego z 6 maja 2020 r. uzyskano wiedzę, że wykonawca oświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, który na późniejszym etapie został zmieniony na innego przedsiębiorcę. Po dokonaniu zmiany podmiotu trzeciego przystępujący złożył pełną dokumentację dowodową dla wykazania okoliczności wskazanych w treści przedmiotowego oświadczenia. Stąd niezrozumiałym pozostało w jaki sposób rzekomy brak miałby posiadać wpływ na wynik oceny ofert i wobec braku chociażby luźnego związania z możliwością zaistnienia hipotezy art. 192 ust. 2 p.z.p. zarzut został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

Dalej skład orzekający stwierdził, że znalazło potwierdzenie w materiale dowodowym nieprawidłowe wykazanie spełnienia warunków udziału w przetargu w zakresie potencjału zawodowego z lit. a pkt 1.2.3. części III SIWZ, gdzie zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w zakresie dwóch robót budowlanych o charakterze wskazanym w SIWZ. Odwołujący zarzucił zamawiającemu brak prawidłowej weryfikacji doświadczenia przystępującego w zakresie jaki podmiot (HUP-BUD Sp. z o.o., czy HUP-BUD Sp. z o.o. Sp. k., czy też HUP BUD B. W.) realizował roboty wskazane w wykazie robót przystępującego, kiedy swój potencjał udostępnił przystępującemu HUP-BUD Sp. z o.o. w Lublinie.

Izba ustaliła, że z materiału procesowego w postaci wykazu robót nie wynika jaki podmiot wykonał wskazane tam dwie roboty budowlane na rzecz TBV Hotele Sp. z o.o. w Lublinie (poz. nr 1 wykazu) i Budimex S.A. w Warszawie (poz. nr 2 wykazu). Takich informacji nie sposób wywieść także z listu referencyjnego z 4 listopada 2019 r. TBV Hotele Sp. z o.o. w Lublinie, gdzie wskazano na „firmę HUP-BUD”, tożsamo w liście referencyjnym z 12 marca 2020 r. Budimex S.A. w Warszawie - mowa jest o „firmie HUP-BUD”, więc na podstawie dokumentów złożonych w toku przetargu nie sposób jednoznacznie określić kto wykonał rzeczzone prace. Zatem znalazło potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy, że nie wykazano w sposób właściwy potwierdzenia spełnienia warunków udziału w przetargu, kiedy to na wykonawcy spoczywa ciężar właściwego wykazania swojego potencjału podmiotowego, którego niewykazanie powoduje wykluczenie z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.). Tym niemniej ustawodawca nałożył na zamawiającego ustawowe obowiązki wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., co zamawiający wykonał, a także obowiązek rzetelnej weryfikacji złożonych dokumentów przy wykorzystaniu instytucji art. 26 ust. 4 p.z.p. lub § 2 ust. 6 rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów i należyście działająca jednostka zamawiająca powinna zwrócić się do przystępującego, bądź do podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane, o dodatkowe informacje w tym zakresie.

W toku postępowania odwoławczego zamawiający złożył niekwestionowany przez odwołującego dowód, w postaci korespondencji elektronicznej, że na rzecz TBV Hotele Sp. z o.o. w Lublinie roboty wykonała HUP-BUD Sp. z o.o. w Lublinie, czyli podmiot udostępniający przystępującemu swoje zasoby zawodowe z pozycji nr 1 wykazu robót. Zatem robota ta została przez zamawiającego oceniona prawidłowo. Z treści dowodu wynika także, iż okoliczność ta była badana przez zamawiającego jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Natomiast w zakresie pozycji nr 2 z wykazu - robota polegająca na wykonaniu instalacji wentylacji mechanicznej z chłodzeniem i instalacją klimatyzacji w ramach inwestycji „Rozbudowa, przebudowa i remont budynku Sądu Okręgowego w Lublinie” dla Budimex S.A. w Warszawie - zgodnie z dowodem złożonym przez odwołującego, także w postaci korespondencji elektronicznej, roboty wykonała pani B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „HUP-BUD” B. W. z siedzibą w Toruniu przy ul. Spółdzielczej 10, NIP 918-111-17-06. Izba zauważyła, że zamawiający nie podważał złożonego dowodu, wskazywano jedynie na konieczność wyjaśnienia tych okoliczności, zaś przystępujący podnosił, że jest on niemiernodajny i niewiarygodny. Skład orzekający nie podzielił twierdzeń przystępującego. Środek dowodowy z wydruku korespondencji elektronicznej był wystarczający do przyjęcia domniemania faktycznego, że w istocie zawarte w nim oświadczenie odzwierciedla stan rzeczywisty. Jakkolwiek okoliczność ta nie została wykazana dokumentem prywatnym, to samo domniemanie było w zupełności wystarczające do przetrucenia na przystępującego ciężaru udowodnienia, że usługę zrealizował jednak inny podmiot, niż pani B.W. prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą - czego przystępujący nie wykazał. Należy zauważyć, że korespondencja elektroniczna pochodzi od pana M.S., kierownika budowy Budimex S.A. rejon w Lublinie, została wysłana z oficjalnego e-maila pracownika spółki, który jest osobą, która podpisała list referencyjny złożony w przetargu przez przystępującego. Podważając zatem uprawnienie pana M.S. do udzielania informacji o tym, kto wykonał roboty w ramach inwestycji w Sądzie Okręgowym w Lublinie, wykonawca podważał własną referencję, co do której nie miał zastrzeżeń składając ją zamawiającemu w przetargu. Ponadto, dla podważenia wiarygodności

oświadczeń wiedzy - nawet nie mających pełnej formy dokumentu prywatnego, ale wystarczających do skonstruowania w oparciu o nie domniemania faktycznego, że wykazują okoliczność, na którą zostały powołane - wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu, na przykład na okoliczność, że osoba, która złożyła oświadczenie nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany, np. że to nie HUB-BUD jako jednoosobowa działalność gospodarcza pani B.W. wykonała roboty, a HUP-BUD Sp. z o.o. w Lublinie. Przystępujący oprócz luźno nakreślonych wątpliwości w stosunku do okoliczności wskazywanych i wykazywanych przez odwołującego pozostał bierny w zakresie własnej inicjatywy dowodowej. Izba zatem stwierdziła, iż przedstawione środki dowodowe zasługują na wiarę - nic w istocie ich nie podważa, a strona obciążona ciężarem dowodu nie wykazała okoliczności przeciwnej. Warto zauważyć, że nawet bez ww. wiadomości e-mail, to przystępujący obciążał ciężar dowodu w spomym zakresie, wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z przedłożonych przez niego referencji nie wynika który podmiot roboty realizował. Nawet zatem samo wskazanie na tę dość oczywistą okoliczność pozbawiłoby przedłożone referencje przymiotu wiarygodności, bowiem nie sposób byłoby uznać, że wykazują one doświadczenie podmiotu, który udostępnił przystępującemu swój potencjał zawodowy. Brak inicjatywy dowodowej w zakresie obalenia domniemania faktycznego wynikającego z korespondencji elektronicznej miał natomiast ten skutek, że doprowadził do bardziej surowej oceny czynności zamawiającego, poprzez przyjęcie, że zamawiający nie dysponował informacjami niezbędnymi dla uznania, że wymagana wiedza i doświadczenie podmiotu HUB-BUD Sp. z o.o. w Lublinie zostały wykazane.

W konsekwencji powyższego skład orzekający nie zgodził się z zamawiającym, że okoliczność który podmiot wykonał roboty z pozycji nr 2 wykazu przystępującego winna podlegać dalszemu wyjaśnieniu. Skoro informacji w tym przedmiocie udzieliła osoba udzielająca referencji, więc posiadająca wiedzę w tym zakresie, jednoznacznie można zidentyfikować zarówno ją, jak i roboty, których informacja dotyczy (wprost brzmienie poz. 2 wykazu robót), nie istnieje uzasadniona podstawa do dalszego dopytywania spółki Budimex - jedynym efektem jaki przyniosłoby dalsze wyjaśnianie, w stanie wykazanych dowodami w postępowaniu, byłoby uzyskanie kolejnego potwierdzenia tej samej okoliczności, co stanowiłoby dwukrotne wyjaśnienie w istocie tego samego faktu. W ocenie Izby wyjaśnienia z 8 lipca 2020 r. należy potraktować jako informacje złożone w zastępstwie wykonania § 2 ust. 6 rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów, i dalsze dopytywanie Budimex S.A. w Warszawie mogłoby jedynie spowodować, że przystępujący nie powinien zostać wykluczony jedynie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., ponieważ nie wykazał w sposób prawidłowy posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej (i był już w tym zakresie wzywany do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.), a można byłoby dodatkowo poddać jego działanie ocenie przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Izba zaznacza również, że w odwołaniu zarzut został postawiony jako brak prawidłowego wyjaśnienia przez zamawiającego okoliczności jaki podmiot wykonał roboty z wykazu (art. 26 ust. 4 p.z.p.), tym niemniej skład rozpoznający spór nie jest związany przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy oraz związanego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, skład orzekający nie jest związany podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez wnoszącego odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

Ponadto potwierdziło się w ustalonym stanie rzeczy, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny i badania ofert, co spowodowało wadliwy wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, więc Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje także zarzut naruszenia przez jednostkę zamawiającą art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. Natomiast art. 92 ust. 1 p.z.p. stanowi o obowiązku informacyjnym zamawiającego w zakresie okoliczności wskazanych w tym przepisie w stosunku do wykonawców. Skład orzekający nie podzielił stanowiska o naruszeniu tej normy, jak również w odwołaniu brak jest merytorycznych argumentów, które można byłoby poddać weryfikacji w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem potwierdziło się, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy spowodowało

nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej - oferty przystępującego, który winien zostać wykluczony z przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zaś jego oferta, zgodnie z art. 24 ust. 4 p.z.p., powinna zostać uznana za odrzuconą.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący: