

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **17 lipca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nowe Centrum Administracyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum firm [1] IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie, Ukraina** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i czynności kwalifikacji wykonawców do uzyskania zaproszenia do złożenia ofert;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) ponownej czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i ustalenie zgodnej z przepisami ustawy i regulami ustalonymi w ogłoszeniu o zamówieniu listy wykonawców zakwalifikowanych do uzyskania zaproszenia do złożenia ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- A. wykonawcy **KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum firm [1] IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie, Ukraina** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

– i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez wykonawcę **KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum firm [1] IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie, Ukraina** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1522/15

Uzasadnienie

Zamawiający Nowe Centrum Administracyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 1, 31-752 Kraków wszczął postępowanie w trybie **dialogu konkurencyjnego** pod nazwą »Zaprojektowanie i przebudowa (budowa) budynków przy ul. Ujastek 1 w Krakowie wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **09.04.2015 r.** pod nrem **2015/S 069 122781**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **07.07.2015 r.** o:

- 1) wystosowaniu zaproszeń do składania ofert do **wykonawcy KARMAR S.A. i wykonawcy IDS-BUD S.A.**;
- 2) wykluczeniu wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **17.07.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie od czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami, polegającej na uznaniu podczas oceny wniosków, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania wykonawców: **Konsorcjum IDS-BUD SA** oraz **Korporacja Altis-Holding** (dalej zwanego „wykonawcą IDS”) oraz **Karmar S.A.** (dalej zwanego „wykonawcą Karmar”), mimo że wykonawcy ci nie złożyli prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku przesłanek do wykluczenia, a także innych wymaganych dokumentów, nie wykazując wskutek powyższego spełniania warunków i braku przesłanek wykluczenia.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 60d ust. 3 Pzp** przez brak zaproszenia i wykluczenie odwołującego;

3

-
- 2) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nierówne traktowanie **wykonawców** w trakcie oceny wniosków;
 - 3) **art. 24 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że **wykonawcy Konsorcjum IDS oraz Karmar** nie podlegają wykluczeniu z postępowania mimo nie wykazania przez nich braku wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania;
 - 4) **art. 22 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawców **Konsorcjum IDS oraz Karmar**, którzy nie spełniają opisanych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu lub nie potwierdzili ich wymaganymi dokumentami lub oświadczeniami;
 - 5) **art. 26 ust. 3 Pzp** przez wezwanie **wykonawcy Konsorcjum IDS** do uzupełnienia **Wykazu nr 2, 3 i 4 z wniosku** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy braku przesłanek ustawowych do takiego wezwania;
 - 6) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawców **Konsorcjum IDS oraz Karmar**, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na

wynik postępowania;

- 7) **art. 51 ust. 2 Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp** przez błędne dokonanie oceny spełniania warunków i zakwalifikowanie do uzyskania zaproszenia do składania ofert **wykonawców**, którzy nie powinni uzyskać takiego zaproszenia oraz niezakwalifikowanie **odwołującego** do uzyskania zaproszenia;
- 8) **art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24b Pzp** przez zaniechanie wezwania **Konsorcjum IDS** do uzupełnienia niekompletnych wykazów podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej;
- 9) a także zasady należytej staranności w ocenie wniosków wynikającej z przepisów Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na ocenie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czynności kwalifikacji wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu i czynności wykluczenia Budimex S.A. z postępowania oraz nakazanie zamawiającemu ponownej oceny wniosków wykonawców;
- 2) wykluczenie z postępowania wykonawców Konsorcjum IDS oraz Karmar, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i wobec których zachodzą przesłanki wykluczenia, w tym z powodu złożenia przez nich nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania;

4

- 3) dokonanie ponownej oceny spełniania warunków przez wykonawców i ustalenie zgodnej z przepisami ustawy i zasadami ustalonymi w ogłoszeniu listy wykonawców zakwalifikowanych do uzyskania zaproszenia do złożenia ofert.

Argumentacja **odwołującego**

Odwołujący jest **wykonawcą**, który złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w tym postępowaniu i nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Na skutek niezgodnych z ustawą działań i zaniechań **zamawiającego**, **odwołujący** po ocenie wniosków został sklasyfikowany na 6 pozycji, podczas gdy do składania ofert **zamawiający** zaprasza **5 wykonawców**. Więcej, **odwołujący** został z tego powodu wykluczony z postępowania. Błędna ocena wniosków złożonych przez **wykonawców Konsorcjum IDS oraz Karmar**, ocenionych wyżej niż wniosek **odwołującego**, polegająca zarówno na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców **Konsorcjum IDS oraz Karmar**, jak i zawyżonej ocenie ich wniosków, powoduje, że **odwołujący** został sklasyfikowany na pozycji niższej niż wynikałoby to z ustalonych zasad oceny wniosków oraz przepisów prawa. Dodatkowo **zamawiający**, powołując się jedynie na uzyskaną przez **odwołującego** pozycję w klasyfikacji **wykonawców**, bezprawnie wykluczył **odwołującego** z postępowania. Powyższe naruszenia przepisów przez **zamawiającego** pozbawiają **odwołującego** szansy na uzyskanie zaproszenia do składania ofert i uzyskanie zamówienia.

Uzasadnienie

Zamawiający w wyniku dokonania czynności oceny spełnienia warunków podanych w ogłoszeniu o zamówieniu uznał, że warunki te zostały spełnione przez **5 wykonawców**, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskutek kwalifikacji, o której mowa w **art. 51 ust. 2 Pzp**, zamawiający ustalił, że do dalszego udziału w postępowaniu zostali zakwalifikowani m.in. **wykonawcy Konsorcjum IDS oraz Karmar**, zaś **odwołujący**, który został sklasyfikowany na miejscu 6, został z tego powodu wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do oceny wniosków wykonawców kwestionowanych w odwołaniu, **odwołujący** wskazuje:

Wniosek **Konsorcjum IDS**

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych z sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu było »w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (inwestycja otrzymała pozwolenie na

użytkowanie), co najmniej 2 roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku przeznaczonego na potrzeby administracji publicznej lub budynku biurowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15.000 m² każdy».

Był to zarazem warunek uwzględniany w ocenie punktowej wniosków na podstawie **sekcji IV.1.2 ogłoszenia** o zamówieniu (waga 30%) »warunek zrealizowania robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku przeznaczonego na potrzeby administracji publicznej lub budynku biurowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15 000 m² każdy«.

Konsorcjum IDS nie wykazało, że legitymuje się wymaganymi kwalifikacjami technicznymi w powyższym zakresie bo referencje złożone przez **Konsorcjum IDS** nie potwierdzają, zdaniem **odwołującego**, tych kwalifikacji.

Wykonawca nie wykazał, że wydający referencje dla obu zamówień wskazanych w **Wykazie nr 1 (str. 65 wniosku Konsorcjum IDS)** podmiot „**Altis-Energo**” Sp. z o.o., faktycznie jest **podmiotem** uprawnionym do wystawienia takich referencji, a w szczególności, że rzeczywiście jest odbiorcą robót, jak oświadczyło **Konsorcjum IDS** w **Wykazie nr 1**. Twierdzenie **Konsorcjum IDS** budzi uzasadnione wątpliwości, skoro jednym ze wskazanych zamówień jest „*Budowa i rozbudowa budynku administracyjnego Generalnej Prokuratury Ukrainy, ul. Riznyćka, 13/15, rejon peczarski w Kijowie*”, co do którego – z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia – odbiorcą robót mógł być tylko wskazany w nazwie podmiot sektora publicznego, który też powinien wystawiać takie referencje. Z uwagi na możliwość złożenia w tym zakresie przez **Konsorcjum IDS** nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, zamawiający był zobowiązany do wezwania **Konsorcjum IDS** do jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii, czego nie uczynił.

Referencje wystawione przez **podmiot „Altis-Energo” Sp. z o.o.** wzbudzają poważne wątpliwości również dlatego że lista podmiotów należących do grupy kapitałowej złożona przez **Konsorcjum IDS-BUD** dla **Korporacji Altis-Holding** nie zawiera **podmiotu „Altis-Energo” Sp. z o.o.**, mimo że na stronie internetowej **Korporacji Altis-Holding spółka „Altis-Energo” Sp. z o.o.** jest wymieniona jako znajdująca się w strukturze **grupy Altis-Holding** (patrz: <http://www.altis.ua/en/about/company-structure/altis-energo>, wydruk w załączeniu).

Skoro zgodnie z **art. 24b ust. 3 Pzp**, **zamawiający** wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia **wykonawcę**, który nie złożył wyjaśnień lub listy podmiotów należących do grupy kapitałowej, to tym bardziej wnikliwie powinna być badana przez **zamawiającego** prawdziwość złożonej listy w zakresie jej kompletności. **Zamawiający** powinien był sprawdzić, czy istniejące w świetle powszechnie dostępnych źródeł, lecz nieujawnione przez **Konsorcjum IDS** w postępowaniu, powiązania korporacyjne między „**Altis-Energo**” Sp. z o.o. a **Korporacją Altis-Holding** nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy **wykonawcami** w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W powyższych ramach, **zamawiający** powinien był zweryfikować wiarygodność budzących wątpliwości innych oświadczeń złożonych przez **Konsorcjum IDS**, a dotyczących oświadczeń składanych przez „**Altis-Energo**” Sp. z o.o., w tym **Wykazu nr 1**.

1.2. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych z sekcji III.2.3 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu było »w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (inwestycja otrzymała pozwolenie na użytkowanie), co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku

wybudowanego nie później niż w 1958 r. o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7 000 m², przy czym zakres przebudowy obejmował zmianę układu przestrzennego i funkcjonalności wewnątrz budynku».

Był to zarazem warunek uwzględniany w ocenie punktowej wniosków na podstawie pkt IV. 1.2. ogłoszenia o zamówieniu (waga 40 %) »warunek zrealizowania robót budowlanych w zakresie przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku wybudowanego nie później niż w 1958 roku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7 000 m², przy czym zakres przebudowy obejmował zmianę układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku – waga 40 %; Zasady oceny: Za każdą zrealizowaną robotę budowlaną w zakresie przebudowy budynku wybudowanego nie później niż w 1958 roku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7 000 m², przy czym zakres przebudowy obejmował zmianę układu przestrzennego i funkcjonalności wewnątrz budynku».

Należy podkreślić, że w złożonym wniosku **Konsorcjum IDS** nie potwierdziło spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, ani warunku otrzymania punktacji w tym zakresie.

Konsorcjum IDS w **Wykazie nr 2** (str. 66 wniosku **Konsorcjum IDS**) podało tylko 2 realizacje.

7

Pierwsza z nich, tj. roboty polegających na przebudowie i rozbudowie budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek, słusznie nie została przez zamawiającego uznana.

Druga realizacja nie została wskazana w sposób umożliwiający jej identyfikację, ani weryfikację, co wyklucza przyjęcie, że została skutecznie wskazana we wniosku.

Konsorcjum IDS podało w **Wykazie nr 2** tylko i wyłącznie przedmiot zamówienia określony jako: „*Budynek niemieszkalny na bul. T. Szewczyka w Kijowie*”, bez wskazania choćby adresu, czy wymaganych danych dla tej realizacji w postaci powierzchni użytkowej, nazwy odbiorcy robót oraz dat wykonania robót, nie załączyła też jakichkolwiek referencji, z których te szczegóły mogłyby wynikać. Takiego zachowania **Konsorcjum IDS** nie można w ogóle uznać jako wykazanie spełnienia wskazanego w ogłoszeniu wymogu, gdyż podane przez **Konsorcjum IDS** informacje nie pozwalają na identyfikację zadania.

Skoro **Wykaz nr 2** został złożony, a jedynie nie zawierał żadnych skutecznie wskazanych realizacji, to nie można uznać, że zawierał błędy, lecz że nie potwierdzał on spełnienia przez **wykonawcę** warunków podmiotowych i punktowych. Wykluczało to jego uzupełnienie w trybie **26 ust. 3 Pzp**.

Ponieważ ten zarzut obejmuje warunek punktowany, to warto też zwrócić uwagę, że nie jest dopuszczalne wzywanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp**, w zakresie innym, aniżeli dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest w celu uczestnictwa w postępowaniu, a nie dla uzyskania punktacji umożliwiającej zaproszenie do złożenia oferty – jeśli wnioski złożyła większa liczba **wykonawców** niż **zamawiający** przewidział w ogłoszeniu – zaproszenie do złożenia oferty. *Ratio legis* przepisu **art. 26 ust. 3 Pzp** sprowadza się do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre wnioski, ale w wyniku niedopatrzienia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Wskazuje się przy tym, że przepis **art. 26 ust. 3 Pzp** nie może służyć jako instrument służący innym celom, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełnienia warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle; traktowane jako wyjątek od zasady, nie pozwalający na szersze, aniżeli wynikające z jego zakresu, zastosowanie (tak **wyrok KIO z 20 lutego 2015 r., KIO 242/15**). Każdy z **wykonawców**, któremu dano by możliwość modyfikacji swoich wykazów, a więc i możliwość ewentualnego wpływu na ilość możliwych do otrzymania punktów w danym pakiecie w kryterium „kwalifikacji technicznych” znalazłby się w uprzywilejowanej sytuacji. Stanowiłoby to nie tylko wyraz naruszenia zasady równego traktowania **wykonawców**, jak i

8

zakazu zmiany treści ofert, ale i mogłoby to doprowadzić do manipulowania wynikami w poszczególnych pakietach.

1.3. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych z **sekcji III.2.3 pkt 3 ogłoszenia** o zamówieniu było »w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (inwestycja otrzymała pozwolenie na użytkowanie), co najmniej 1 pracę polegającą na zaprojektowaniu budowy lub przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku przeznaczonego na potrzeby administracji publicznej lub budynku biurowego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. (Dz. U. Nr 75, poz. 690) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15 000 m² «.

Warunek ten nie był uwzględniany w ocenie punktowej wniosków na podstawie **pkt IV.1.2. ogłoszenia** o zamówieniu.

W złożonym wniosku **Konsorcjum IDS** nie potwierdziło spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum IDS w podpisanym przez siebie **Wykazie nr 4** (str. 67 wniosku **Konsorcjum IDS**) nie podało żadnej realizacji.

Takiego zachowania **Konsorcjum IDS** nie można uznać jako wykazania spełnienia wskazanego w ogłoszeniu wymogu podmiotowego. Nie można go również uzupełnić w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**, bo nie ma czego uzupełniać, oświadczenie – **Wykaz nr 4** – zostało złożone i podpisane, a ponieważ nie zawiera ono żadnej realizacji, to logicznie można je interpretować tylko i wyłącznie jako oświadczenie **Konsorcjum IDS** potwierdzające, że nie spełnia on powyższego wymogu podmiotowego i powinien być wykluczony z postępowania. Zastosowanie w tej sytuacji **art. 26 ust. 3 Pzp** było niezasadnym nadużyciem tego przepisu, prowadzącym do ewidentnego obejścia prawa przez **Konsorcjum IDS**. Zasadą wynikającą z przepisów **ustawy** jest, że wykazanie spełnienia warunków podmiotowych następuje w złożonym wniosku pod rygorem wykluczenia wykonawcy. Wyjątkiem od tej reguły jest możliwość uzupełniania brakujących dokumentów podmiotowych z **art. 26 ust. 3 Pzp**. Jako wyjątek, możliwość uzupełniania dokumentów podmiotowych nie może być interpretowana rozszerzająco, a z pewnością nie może być rozszerzana *ad absurdum*, prowadząc w istocie do zanegowania samej zasady. Jeżeli wykonawca składa oświadczenie, z którego wynika, że nie spełnia wymogów podmiotowych z ogłoszenia, to powinien on być wykluczony z postępowania, a nie wzywany do uzupełnienia dokumentów. Takie wezwanie nie stanowi wówczas wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, lecz w istocie jest wezwaniem do zmiany treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie

9

terminu składania wniosków. Granicą najbardziej nawet liberalnej wykładni wyjątku z **art. 26 ust. 3 Pzp** jest zasada z **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp** mówiąca, że wykonawca, który nie wykazał we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnienia wymogów podmiotowych takiego udziału, podlega wykluczeniu z postępowania.

Skoro **Wykaz nr 4** nie zawierał żadnych skutecznie wskazanych realizacji, to nie można uznać, że był niepełnym lub zawierającym błąd dokumentem potwierdzającym spełnienie tego warunku, a zatem wykluczone było jego uzupełnienie w **trybie 26 ust. 3 Pzp**. Stanowiło ono niedopuszczalną w świetle przepisów **ustawy** zmianę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokonaną po terminie wyznaczonym na składanie takich wniosków.

Wykaz nr 4, złożony przez **Konsorcjum IDS** po terminie na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, był zupełnie nowym wykazem, wskazującym na nową realizację, która nie powinna być uznana za potwierdzenie spełnienia wskazanego w **ogłoszeniu** wymogu podmiotowego. Należy wskazać, że brak wykluczenia z tego powodu **Konsorcjum IDS** z postępowania naruszał jaskrawo zasadę równego traktowania **wykonawców** przez **zamawiającego**, bo w tym samym postępowaniu **zamawiający** wykluczył innego wykonawcę, tj. **wykonawcę Erbud S.A.**, m.in. z powodu niespełnienia **Warunku nr 1**, uzasadniając, że inwestycja pn. budowa Bolero Office Point, zdaniem **zamawiającego**, „została uzupełniona przez wykonawcę po wezwaniu zamawiającego do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień” (Załącznik **nr 1** do pisma **zamawiającego** z **07.07.2015 r.**), czyli dokładnie w taki sam sposób, w jaki postąpiło **Konsorcjum IDS** w

odniesieniu do nowego **Wykazu nr 2**.

1.4. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych z sekcji III.2.3 pkt 4 ogłoszenia o zamówieniu było »w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (inwestycja otrzymała pozwolenie na użytkowanie), co najmniej jedną pracę polegającą na zaprojektowaniu przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku wybudowanego nie później niż w 1958 roku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7 000 m², przy czym zakres przebudowy obejmował zmianę układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku«.

Był to zarazem warunek uwzględniany w ocenie punktowej wniosków na podstawie sekcji IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu (waga 30 %) »warunek zrealizowania pracy polegającej na zaprojektowaniu przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku wybudowanego nie później niż w 1958 roku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 7 000 m², przy czym zakres

10

przebudowy obejmował zmianę układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku«.

Należy podkreślić, że w złożonym wniosku Konsorcjum IDS nie potwierdziło spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, ani warunku otrzymania punktacji w tym zakresie.

Konsorcjum IDS w Wykazie nr 3 (str. 68 wniosku Konsorcjum IDS) podało tylko jedną realizację, która nie została wskazana w sposób umożliwiający jej identyfikację, ani weryfikację, co wyklucza przyjęcie, że została skutecznie wskazana we wniosku.

Konsorcjum IDS podało w **Wykazie nr 3** tylko i wyłącznie przedmiot zamówienia określony jako: „Budynek *niemieszkalny na bul. T. Szewczenki w Kijowie*”, bez wskazania choćby adresu, czy wymaganych danych dla tej realizacji w postaci powierzchni użytkowej, nazwy odbiorcy robót oraz dat wykonania robót, nie załączyła też jakichkolwiek referencji, z których te szczegóły mogłyby wynikać. Takiego zachowania **Konsorcjum IDS** nie można w ogóle uznać jako wykazanie spełnienia wskazanego w ogłoszeniu wymogu, gdyż podane przez **Konsorcjum IDS** informacje nie pozwalają na identyfikację zadania.

Skoro **Wykaz nr 3** z wniosku **Konsorcjum IDS** nie zawierał żadnych skutecznie wskazanych realizacji, to nie można uznać, że był niepełnym dokumentem potwierdzającym spełnienie tego warunku, a zatem wykluczone było jego uzupełnienie w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**. Stanowiło ono niedopuszczalną w świetle przepisów **ustawy Pzp** zmianę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokonaną po terminie wyznaczonym na składanie takich wniosków.

Wykaz nr 3 złożony po terminie na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu był zupełnie nowym wykazem, wskazującym na nową realizację, która nie powinna być uznana za potwierdzenie spełnienia wskazanego w ogłoszeniu wymogu podmiotowego.

Brak wykluczenia z tego powodu **Konsorcjum IDS** z postępowania naruszał zasadę równego traktowania **wykonawców** przez **zamawiającego**, bo w tym samym postępowaniu **zamawiający** wykluczył innego **wykonawcę**, tj. **wykonawcę Erbud S.A.**, m.in. z powodu niespełnienia **Warunku nr 1**, twierdząc, że inwestycja pn. budowa Bolero Office Point, zdaniem **zamawiającego**, „została uzupełniona przez **wykonawcę** po wezwaniu **zamawiającego** do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień” (Załącznik nr 1 do pisma **zamawiającego** z 07.07.2015 r.), czyli dokładnie w taki sam sposób, w jaki **Konsorcjum IDS** postąpiło w odniesieniu do nowego **Wykazu nr 3**.

Niezależnie od tego, nowy wykaz i dołączone do niego referencje budzą w zakresie projektowania poważne wątpliwości, bo w wykazie wskazano na rozpoczęcie prac projektowych w **2007 r.** (podano tylko rok, choć **zamawiający** wymagał podania też miesiąca), a więc 8 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do

11

udziału w postępowaniu, zaś referencje podają tylko termin wykonywania prac budowlanych 2013 r., nie wspominając o tym kiedy był wykonany projekt.

2. Wniosek Karmar

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych z **sekcji III.2.3 pkt 4 ogłoszenia** o zamówieniu było »w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (inwestycja otrzymała pozwolenie na użytkowanie), co najmniej jedną pracę polegającą na zaprojektowaniu przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku wybudowanego nie później niż w 1958 roku o powierzchni użytkowej **nie mniejszej niż 7 000 m²**, przy czym zakres przebudowy obejmował **zmianę układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku**«.

Był to zarazem warunek uwzględniany w ocenie punktowej wniosków na podstawie **punktu IV. 1.2 ogłoszenia** o zamówieniu (waga **30%**) »warunek zrealizowania pracy polegającej na zaprojektowaniu przebudowy – w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) – budynku wybudowanego nie później niż w 1958 roku o powierzchni użytkowej **nie mniejszej niż 7 000 m²**, przy czym zakres przebudowy obejmował **zmianę układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku**«.

Należy podkreślić, że w złożonym wniosku **Konsorcjum IDS** nie potwierdziło spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, ani warunku otrzymania punktacji w tym zakresie. **Wykaz nr 3 z wniosku wykonawcy Karmar zawiera nieprawdziwe oświadczenie**, że **wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu i warunek punktowy** w zakresie powierzchni użytkowej budynku nie mniejszej niż 7 000 m², oraz w zakresie zmiany układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku, a oświadczenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Wykonawca Karmar w **Wykazie nr 3** podał skutecznie tylko jedną realizację (zamawiający słusznie nie uznał pracy polegającej na modernizacji miejskiego Stadionu Cracowia, bo nie stanowiła ona przebudowy budynku). Była to realizacja wykonywana niesamodzielnie, zrealizowana przez Maćków Pracownia Projektowa Sp. z o.o., pod nazwą: Gimnazjum nr 15 Wrocław, Polska. W wykazie nr 3 załączonym do wniosku **wykonawca Karmar** podał w odniesieniu do tej realizacji „8.290 m² powierzchni użytkowej budynku”, co jest **informacją nieprawdziwą**. Nieprawdziwość informacji z **Wykazu nr 3** o 8.290 m² powierzchni użytkowej budynku **Gimnazjum nr 15 we Wrocławiu** dowodzi jednoznacznie załączona do wykazu „Opinia referencyjna z dnia **22.10.2012 r.**”, która wskazuje, że **powierzchnia zabudowy wynosiła zaledwie 1 330 m²**, a podana w Wykazie nr 3 wartość

12

8 290 m² dotyczyła w istocie powierzchni w granicach opracowania, a nie powierzchni użytkowej budynku.

Ponadto, Program Funkcjonalno-Użytkowy wskazanej przez **wykonawcę Karmar** inwestycji publicznej dotyczącej modernizacji budynku **Gimnazjum nr 15 we Wrocławiu**, który jest dostępny na stronie inwestora publicznego:

<http://www.zim.wroc.pl/przetargi/opracowanie dokumentacji projektowej i realizacja robot budowlanych dla zadania 8222 modernizacja budynku gimnazjum nr 15 przy ul. Jedności Narodowej 117 we Wrocławiu wraz z zagospodarowaniem terenów na cele rekreacyjno sportowe 8211 etap II 8221 635.html>, określa jednoznacznie powierzchnię użytkową całego budynku Gimnazjum nr 15 (która nie była nawet w całości objęta projektowaniem) na **5 258 m²**, a więc znacznie poniżej **7 000 m²** wymaganych w rozpoznawanym przetargu.

Dodatkowo, wskazana w **Wykazie nr 3** realizacja nie spełniała warunku, by zakres przebudowy obejmował zmianę układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku. Potwierdza to, zarówno informacja ze strony internetowej Maćków Pracownia Projektowa: <http://www.mackow.pl/proiektv/funkcia/publiczne.modernizacja budynku gimnazjum nr 15 we wroclawiu>), zgodnie z którą „*Głównymi założeniami były wymiana okien, oczyszczenie elewacji, uzupełnienie ubytków, oraz poprawa warunków wilgotnościowo-ciepłych pomieszczeń. Oprócz samego budynku musieliśmy usystematyzować zagospodarowanie terenu z przodu i z tyłu budynku oraz poprawić jego funkcjonowanie*”, jak i wspomniany wcześniej Program Funkcjonalno-Użytkowy tej inwestycji publicznej, który w swej treści nie obejmował zmiany układu przestrzennego i funkcjonalnego wewnątrz budynku.

Niezależnie od powyższych zarzutów dotyczących wykonawców **Konsorcjum IDS** oraz

Karmar, których konsekwencją powinno być wykluczenie tych wykonawców z postępowania i uznanie, że **odwołujący** powinien być zaproszony do złożenia oferty w tym postępowaniu, **odwołujący** podnosi zarzut, że wykluczenie **odwołującego** tylko z powodu jego błędnie ocenionej przez **zamawiającego** pozycji w rankingu wykonawców, ewidentnie narusza przepisy **ustawy Pzp**, w szczególności **art. 60d ust. 3 Pzp**, który nie daje podstawy prawnej do wykluczenia z tego postępowania wykonawcy spełniającego warunki podmiotowe do udziału w postępowaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 17.07.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **20.07.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

13

22.07.2015 r. wykonawca **KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

23.07.2015 r. wykonawca **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **28.07.2015 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). **Zamawiający** uwzględnił odwołanie w zakresie **pkt 4, 6 i 8**.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także pisma procesowego przystępującego **Karmar** z **29.07.2015 r.** i odpowiedzi na odwołanie **zamawiającego** złożonej **29.07.2015 r.** – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 60d ust. 3 Pzp** – przez brak zaproszenia **odwołującego** i wykluczenie **odwołującego** – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający uwzględnił odwołanie i stwierdził, że w stosunku do **odwołującego** należało wyraźnie stwierdzić, że **zamawiający** zastosował instytucję »traktowania jak wykluczonego z postępowania«, zgodnie z **art. 60d ust. 3 zdanie drugie Pzp**, który brzmi »Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania«.

14

Zamawiający stwierdził do protokołu cyt. »zamawiający cały czas traktował **odwołującego** jako wykluczonego, a nie wykluczył go. Zdanie ze str. 4 pisma z **07.07.2015 r.** było nieszczęsnym skrótem myślowym, a nie wykluczeniem **odwołującego**, mówi o tym również protokół z postępowania znajdujący się w dokumentacji«.

Wobec tego **Izba** stwierdza, że **zamawiający** uwzględnił w tym zakresie odwołanie i powinien wystosować do zainteresowanych pismo o »traktowaniu **odwołującego** jak wykluczonego z postępowania«, a nie wykluczeniu **odwołującego** z postępowania. Jednak

ze względu na ponowną ocenę ofert pismo takie może stać się natychmiast nieaktualne, gdyż oferta **odwołującego** może stać się ofertą **wykonawcy**, którego **zamawiający** zaprosi do udziału w dalszym postępowaniu, czyli w dialogu konkurencyjnym, i w związku z tym **zamawiający** powinien wystosować do **wykonawców** zawiadomienie o ostatecznej treści będące jednocześnie zaproszeniem do dialogu.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez nierówne traktowanie **wykonawców** w trakcie oceny wniosków – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie nierównego traktowania wykonawców i naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp Izba** stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że **zamawiający** różnie traktował **wykonawców**. **Zamawiający** tak samo wzywał wszystkich **wykonawców** do uzupełnienia dokumentów i tak samo traktował wszystkich **wykonawców** w postępowaniu jawnym i brak jest precyzyjnego wskazania uchybień **zamawiającego**, które by były sprzeczne z zasadą równego traktowania **wykonawców**. Konkretnie wskazane przez **odwołującego** naruszenia przepisów przez **zamawiającego** zostały uwzględnione przez **zamawiającego**.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 24 ust. 1 Pzp** – przez uznanie, że **wykonawca Konsorcjum IDS oraz wykonawca Karmar** nie podlegają wykluczeniu z postępowania mimo niewykazania przez **tych wykonawców** braku wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **Zamawiający** uważa, że nie naruszył **art. 24 ust. 1 Pzp**, który posiada jedną część punktów, a **odwołujący** nie wskazał konkretnego zarzutu.

Ponadto **Izba** stoi na stanowisku, że treść odwołania musi odpowiadać treści **art. 18 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Odwołanie **powinno wskazywać** [1] czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się [2] niezgodność z przepisami ustawy, zawierając zwięzłe [3] przedstawienie zarzutów, określać [4] żądanie oraz wskazywać okoliczności [5] faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania«. W związku z tym odwołanie powinno wskazywać w szczególności czynność **zamawiającego**, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy i wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Natomiast **odwołujący** w stosunku do zarzutu

15

naruszenia **art. 24 ust. 1 Pzp** nie wskazał ani właściwego przepisu, czyli odpowiedniego punktu przytaczanego artykułu i ustępu, ani nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania w tym zakresie.

Dlatego **Izba** nie może uwzględnić odwołania w tej części, co jednak nie ma wpływu na wynik postępowania.

W ocenie **Izby**, zarzut **piąty** naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez wezwanie **wykonawcy Konsorcjum IDS** do uzupełnienia **wykazu nr 2-4 z wniosku** o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy braku przesłanek ustawowych do takiego wezwania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wezwał **wykonawcę Konsorcjum IDS** do złożenia dokumentów na wykazanie spełnienia warunków postępowania – wykazy nr 2-4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. **Odwołujący** zarzucił, że w przypadku, jaki miał miejsce w rozpoznawanym postępowaniu, gdy **wykonawca** nie dołączył do oferty właściwego wykazu wykonanych robót budowlanych oraz dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty i wskazujących, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dokumentów tych zamawiający wymagał zgodnie z **§ 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), który to przepis brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy

zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone».

Izba stwierdza, że **zamawiający** natykając się na nieprawidłowości wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ma obowiązek zastosować się do dyspozycji **art. 26 ust. 3 Pzp**, który brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby

16

unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert».

Wykonawca Konsorcjum IDS nie dołączył do oferty właściwie wypełnionego wykazu wykonanych robót budowlanych ani dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty (referencje). **Art. 26 ust. 3 Pzp** nie rozróżnia stopnia pominięcia ani przyczyn pominięcia tych dokumentów w ofercie przez **wykonawcę**. Przepis ten nie wyróżnia, nie relatywizuje ani nie dyskryminuje jakichkolwiek przesłanek powstania wymienionego braku w ofercie. Dlatego **zamawiający** bez względu na jakiegokolwiek czynniki musi wziąć pod uwagę **art. 26 ust. 3 Pzp** i stosować się do niego, tak jak miało to miejsce w rozpoznawanym postępowaniu.

W związku z tym **Izba** stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał naruszenia przez **zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp**. Z tego względu **Izba** nie może przychylić się do zarzutu piątego naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp**.

W ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia **art. 22 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia **wykonawców Konsorcjum IDS i Karmar**, którzy nie spełniają opisanych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu lub nie potwierdzili ich wymaganymi dokumentami lub oświadczeniami – oraz zarzut **szósty** naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia **wykonawców Konsorcjum IDS i Karmar**, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania – a także zarzut **siódmy** naruszenia **art. 51 ust. 2 Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp** – przez błędne dokonanie oceny spełniania warunków i zakwalifikowanie do uzyskania zaproszenia do składania ofert **wykonawców**, którzy nie powinni uzyskać takiego zaproszenia oraz niezakwalifikowanie **odwołującego** do uzyskania zaproszenia – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów czwartego i szóstego. Jednak ze względu na formalny i faktyczny sprzeciw **wykonawcy Konsorcjum IDS** oraz ze względu na faktyczny sprzeciw **wykonawcy Karmar** odwołanie zostało rozpoznane przez **Izbę** również w zakresie zarzutów czwartego i szóstego.

Odnosnie **wykonawcy Konsorcjum IDS Izba** stwierdza, że **zamawiający** wezwał **21.07.2015 r. wykonawcę Konsorcjum IDS** do złożenia wyjaśnień odnośnie grupy kapitałowej, o której mowa w **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**. Przepis **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o

17

ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykazą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia».

Izba podkreśla, że wezwania do złożenia wyjaśnień czy dokumentów bądź żądania wyjaśnień powinny być traktowane przez **wykonawców** z odpowiednią starannością (**art. 26 ust. 3, art. 24b ust. 1 czy art. 87 ust. 1 Pzp**). **Wykonawca** powinien starać się wyrugować ze swojej oferty wszelkie uchybienia czy wytłumaczyć jakiegokolwiek niejasności wskazane

przez **zamawiającego**. Dlatego nie może wzbudzić akceptacji w **Izbie** postępowanie **wykonawcy IDS** w kwestii udzielenia odpowiedzi, że **wykonawca IDS** nie udziela pełnych wyjaśnień, bo opiera się na informacjach pozyskanych od partnera – **Korporacji Altis Holding** i nie wyjaśnia powiązań istniejących pomiędzy grupą kilkunastu podmiotów wykazanych na stronie internetowej podmiotu **Altis Holding**.

Izba stwierdza, że w przypadku nadmiernych trudności **wykonawcy** w złożeniu odpowiednich dokumentów czy wyjaśnień, **wykonawca** może zwrócić się do **zamawiającego** o terminu czy o wyjaśnienia przedłużenie dodatkowe przez **zamawiającego**. Oczywiście **zamawiający** nie będzie zobligowany do przedłużenia terminu złożenia wyjaśnień czy dokumentów, ale z praktyki wiadomo, że **zamawiający** zwykle przychylają się do takich próśb **wykonawców**. W rozpoznawanym przypadku **wykonawca IDS** nie kontaktował się z **zamawiającym** i udzielił niewyczerpującej odpowiedzi na zadane pytania.

Dlatego **Izba** stoi na stanowisku, że **wykonawca** ten musi zostać wykluczony z postępowania na podstawie **art. 24b ust. 3 Pzp**. **Art. 24b ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d«.

Odnosnie **wykonawcy Karmar** **Izba** stwierdza, że mimo formalnego nie wnoszeniu sprzeciwu do uwzględnienia przez **zamawiającego** odwołania, **wykonawca Karmar** faktycznie zachowywał się jakby wniósł sprzeciw do uwzględnienia przez **zamawiającego** odwołania i podczas rozprawy przedstawiał stanowisko pozostające w sprzeczności do stanowiska **zamawiającego**, a to jest niezgodne z **art. 185 ust. 5 Pzp**, który brzmi »Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego«. Ponadto **wykonawca Karmar** miał interes w prezentowaniu innego stanowiska niż **zamawiający**, gdyż **wykonawcy Karmar** chodziło o to aby nie zostać wykluczonym z postępowania zamówieniowego, a **zamawiający**

18

uwzględniając odwołanie jednocześnie zobowiązywał się do wykluczenia **przystępującego Karmar**.

Przystępujący Karmar na dowód, że spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia złożył m.in. »Oświadczenie Maćków Pracowni Projektowej«. Jednak w oświadczeniu tym nie została wykazana powierzchnia użytkowa, która była przedmiotem wykazania spełnienia warunku. Jedynie składający oświadczenie stwierdził cyt. »Poniżej przedstawiamy zestawienie powierzchni poszczególnych kondygnacji [...] Suma – 7647 m2«. **Wykonawca Karmar** nie wykazał, że przedmiotowa powierzchnia jest powierzchnią użytkową. Dlatego **zamawiający** nie mógł uwzględnić tego dokumentu jako wykazującego spełnienia omawianego warunku.

Ponadto **wykonawca Karmar** nie wykazał, że referencyjne obiekty stadionu Cracovii były wzniesione przed 1958 r., co było przedmiotem spełnienia warunku.

Dlatego **Izba** stoi na stanowisku, że **wykonawca** ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

W związku z tym **Izba** stwierdza, że **zamawiający** zasadnie uznał odwołanie i **wykonawcy Konsorcjum IDS i Karmar** podlegają wykluczeniu ze względu na brak wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie **Izby**, zarzut **siódmy** naruszenia **art. 51 ust. 2 Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp** – przez błędne dokonanie oceny spełniania warunków i zakwalifikowanie do uzyskania zaproszenia do składania ofert **wykonawców**, którzy nie powinni uzyskać takiego zaproszenia oraz niezakwalifikowanie **odwołującego** do uzyskania zaproszenia – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zgodnie z przepisami **art. 48 ust. 2 pkt 8a i art. 51 ust. 2 Pzp** i zaprosił do dialogu konkurencyjnego 5 podmiotów, które otrzymały największą liczbę punktów podczas oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednak **zamawiający** wziął pod uwagę wyniki wykonawców, którzy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, a nie zaprosił odwołującego, którego

wnioszek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazywał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu.

Art. art. 51 ust. 2 Pzp brzmi »Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia«. Art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp »Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, zawiera co najmniej [...] opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną

19

zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu«.

W związku z powyższym Izba stwierdza, że odwołanie w zakresie zarzutu siódmego jest zasadne.

W ocenie Izby, zarzut ósmy naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24b Pzp** przez zaniechanie wezwania **Konsorcjum IDS** do uzupełnienia niekompletnych wykazów podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej został wycofany.

Izba stwierdza, że zarzut ósmy został uwzględniony przez **zamawiającego**. Na rozprawie **odwołujący** nie podtrzymał zarzutu ósmego, który wg **odwołującego** stał się bezprzedmiotowy, gdyż **zamawiający** wezwał **wykonawcę IDS** do złożenia wykazu grupy kapitałowej. W związku z tym **Izba** nie rozpoznawała tego zarzutu.

W ocenie Izby, zarzut dziewiąty naruszenia zasady należytej staranności w ocenie wniosków wynikającej z przepisów Kodeksu cywilnego – nie może zasługiwać na uwzględnienie, bo **odwołujący** nie wykazał naruszenia przepisów ani nie wskazał, które przepisy miałyby naruszyć wykonawcę. W związku z tym zarzut dziewiąty nie może zasługiwać na uwzględnienie, jednak nie ma to wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający naruszył **art. 60d ust. 3, art. 22 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 51 ust. 2 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania, oraz na podstawie **art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp**. **Art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp** brzmi »Koszty postępowania odwoławczego [...] w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi [...] wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę«.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i spełnił wszystkie żądania **odwołującego**. W postępowaniu odwoławczym dwaj **wykonawcy** przystąpili do postępowania po stronie **zamawiającego**. Jeden z **wykonawców** (wykonawca **IDS**) złożył formalnie sprzeciw i faktycznie jego czynności pozostawały w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił – do **zamawiającego**. Drugi z **wykonawców** (wykonawca **Karmar**) formalnie nie wniósł sprzeciwu do uwzględnienia odwołania przez **zamawiającego**, ale czynności i oświadczenia tego wykonawcy podczas rozprawy pozostawały w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony do której przystąpił. Dlatego **Izba**

20

uznała, że i ten drugi **wykonawca** faktycznie wniósł sprzeciw do uwzględnienia odwołania. Z tego względu Izba obciążyła kosztami odwołania po równo **wykonawców** wnoszących sprzeciw, bo odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

Przewodniczący:

21