Sygn. akt: KIO 1193/16
Sygn. akt: KIO 1207/16

WYROK
z dnia 20 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lipca 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Warszawa (KIO 1193/16),**

B. w dniu 4 lipca 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], [2] Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, [3] Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (KIO 1207/16)**

– w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Portu Morskiego Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], [2] Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, [3] Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **1193/16** po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Skanska S.A., Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **1207/16** po stronie odwołującego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [pełnomocnik] i [2] ED. Zublin z siedzibą**

Stuttgarcie Niemcy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **1193/16** po stronie **zamawiającego** i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **1207/16** po stronie **zamawiającego,**

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **1193/16** po stronie **zamawiającego** i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **1207/16** po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.

A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt 1193/16 wniesionego w dniu **04.07.2016 r.** przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Warszawa (KIO 1193/16);**

B. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt 1207/16 wniesionego w dniu **04.07.2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], [2] Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, [3] Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (KIO 1207/16).**

2.

2a. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Warszawa (KIO 1193/16)**

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

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Warszawa, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Warszawa** na rzecz zamawiającego **Zarząd Portu Morskiego Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

2b. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

[pełnomocnik], [2] Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, [3] Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie

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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], [2] Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, [3] Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], [2] Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, [3] Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** na rzecz zamawiającego **Zarząd Portu Morskiego Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164)** na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1193/16
Sygn. akt: KIO 1207/16

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Portu Morskiego Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia – Etap I«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **26.03.2016 r.** pod nrem **2016/S 061-105735.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164)** zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Sygn. akt: KIO 1193/16

Zamawiający zawiadomił o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków **24.06.2015 r.**

Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Warszawa (zwany dalej odwołujący Skanska), zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł **04.07.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

1) zaniechanie wykluczenia z postępowania **Konsorcjum w składzie: Budimex S.A. oraz Mostostal Kraków S.A.** (zwane dalej: **wykonawca Budimex-Mostostal);**
2) dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) przyznanie 22 punktów wnioskowi o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonemu przez **wykonawcę Budimex-Mostostal;**
4) zakwalifikowanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** do grona **5 wykonawców,** którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w postępowaniu.

Odwołujący Skanska zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:
1) **art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy Budimex-Mostostal** z postępowania pomimo złożenia przez **wykonawcę Budimex-Mostostal** nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania polegającej na wskazaniu w treści opisu pozycji

nr 4 wykazu robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal),** że wartość robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych wykonanych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" wynosi **9.000.000 zł netto;**
2) **art. 51 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zakwalifikowanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** do grona wykonawców o najwyższej liczbie punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, pomimo, że **wykonawca Budimex-Mostostal** nie uzyskał najwyższej liczby punktów, a także pomimo tego, że przedstawił nieprawdziwe informacje.

Z ostrożności procesowej, gdyby **Izba** uznała, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia **wykonawcy Budimex-Mostostal** z postępowania na postawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołujący Skanska** wskazuje także na naruszenie:
3) **art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że wskazana w **pozycji nr 4** wykazu robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal)** robota „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu i przyznanie z tego tytułu 1 punktu wnioskowi **wykonawcy Budimex-Mostostal;**
4) **art. 51 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zakwalifikowanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** do grona wykonawców o najwyższej liczbie punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Odwołujący Skanska wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie **zamawiającemu:**
1) unieważnienia czynności dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez **wykonawcę Budimex-Mostostal;**
2) wykluczenie **wykonawcy Budimex-Mostostal** z postępowania;
3) ewentualnie dokonanie ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu, obejmującej w szczególności uznanie, że wskazana w **pozycji nr 4 wykazu robót** budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal)** robota „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu i przyznanie z tego tytułu **0 punktów** wnioskowi **wykonawcy Budimex-Mostostal;**

4) zakwalifikowanie wniosku **wykonawcy Skanska** do grona **wykonawców,** którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Argumentacja **odwołującego Skanska**
Gdyby **zamawiający** ocenił wniosek złożony przez **wykonawcę Budimex-Mostostal**

zgodnie z przepisami ustawy, powinien wykluczyć **wykonawcę Budimex-Mostostal** z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji, ewentualnie przyznać wnioskowi **wykonawcy Budimex-Mostostal 21 punktów.** Wówczas wnioski odwołującego, **wykonawcy Budimex-Mostostal** i **Konsorcjum Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., Boskalis International bv i Boskalis Polska sp. z o.o.** otrzymałyby równa liczbę **21 punktów.**

Wówczas o kolejności wniosków o równej liczbie punktów, przy zastosowaniu reguły określonej w treści **sekcji VI 3 pkt 3 ogłoszenia** o zamówieniu, decydowałaby średnia wskaźników bieżącej płynności finansowej w każdym z trzech ostatnich latach obrotowych na ostatni dzień roku obrotowego, wykazanych i wyliczonych w sposób określony w **sekcji III.2.2 ogłoszenia** o zamówieniu, tj. obliczonych jako iloraz: aktywa obrotowe i zobowiązania krótkoterminowe na ostatni dzień roku obrotowego.

Analiza ww. wskaźników wskazuje, że to **odwołujący Skanska** posiada najwyższy średni wskaźnik bieżącej płynności finansowej wynoszący **3,24** (w porównaniu do wskaźnika **wykonawcy Budimex-Mostostal** wynoszącego **1,67** oraz **Konsorcjum Korporacja Budowlana DORACO** sp. z o.o., Boskalis International bv i Boskalis Polska sp. z o.o. wynoszącego **1,97),** zatem to wniosek **odwołującego Skanska** uplasowałby się na 5 miejscu i wchodziłby w skład grona 5 wykonawców z najwyższą liczbą punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w postępowaniu.

W konsekwencji, gdyby **zamawiający** działał zgodnie z przepisami prawa, nie zakwalifikowałby wniosku **Konsorcjum** do kolejnego etapu postępowania, a zakwalifikowałby wniosek **odwołującego Skanska.**

A zatem, brak możliwości złożenia oferty w postępowaniu, skutkujący brakiem możliwości zawarcia umowy przez **odwołującego Skanska,** jest szkodą wynikającą z naruszenia przez **zamawiającego** przepisów **ustawy Pzp.**

1. Naruszenie przepisu art. 24 ust.2 pkt 31 Pzp

Zgodnie z treścią postanowienia **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się **wykonawcy,** którzy nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniają warunki, o których mowa w **art. 22 ust. 1 Pzp,** w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia: 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, wykonali w sposób należyty i zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli, co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych lub w zakresie pogrążania ścianek szczelnych złożonych z rur o średnicy nie mniejszej niż **914 mm** łączonych zamkami, o wartości co najmniej **9.000.000 zł netto.**

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu **wykonawca Budimex-Mostostal** złożył we wniosku oświadczenie o spełnianiu warunków udziału postępowaniu, wykaz wykonanych robót budowlanych na formularzu stanowiącym **załącznik nr 2 do SIWZ** oraz referencje lub poświadczenia dotyczące robót wskazanych w treści wykazu.

W treści opisu **pozycji nr 4 wykazu** robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal) wykonawca Budimex-Mostostal** wskazał, że wartość robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych wykonanych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" wynosi **9.000.000 zł netto.**

Z załączonego do wniosku poświadczenia wydanego przez Urząd Morski w Szczecinie (strona **13 wniosku wykonawcy Budimex-Mostostal)** nie wynika jednak, że w ramach przedmiotowego zadania wykonano roboty kafarowe w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych lub w zakresie pogrążania ścianek szczelnych złożonych z rur o średnicy nie mniejszej niż **914 mm** łączonych zamkami, a ponadto nie wynika, jaka była wartość tych robót.

Pismem z **23.05.2016 r.** (ZP-612/23/DS/182/16) **zamawiający** wezwał **wykonawcę Budimex-Mostostal** do wyjaśnienia, czy zamówienie, o którym mowa powyżej, obejmowało swym zakresem wykonanie robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych lub w zakresie pogrążania ścianek szczelnych złożonych z rur o średnicy

nie mniejszej niż **914 mm** łączonych zamkami, bo w świetle treści poświadczenia nie jest to jednoznaczne.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z **01.06.2016 r. wykonawca Budimex-Mostostal** wyjaśnił, że wykonano ściankę kombinowaną z pali rurowych **o** średnicy **1219 mm** łączonych zamkami z profilami wypełniającymi AZ 18-700 o długościach odpowiednio **26,55 m** i **22.55 m**.

Z informacji uzyskanych przez **odwołującego Skanska** wynika bezsprzecznie, że wartość robót kafarowych na zadaniu „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" nie przekroczyła wymaganej przez **zamawiającego** wartości **9.000.000 zł netto.**

Zgodnie z treścią dokumentów uzyskanych od **zamawiającego,** na którego rzecz realizowane było to zamówienie, tj. Urząd Morski w Szczecinie, rzeczywista wartość robót kafarowych w zakresie ścianek szczelnych staw nawigacyjnych wynosi **8.897.805,15 zł netto. Odwołujący Skanska** zastrzega, że stosowny dowód na powyższą okoliczność przedstawi na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, analiza wniosku **wykonawca Budimex-Mostostal** wskazuje, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co powoduje, że powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.**

Stosownie do treści **art. 24 ust. ust. 2 pkt 3 Pzp,** z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się **wykonawców,** którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Informacje, o których mowa w treści powołanego przepisu, mogą być zawarte w treści oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę w toku postępowania, np. wyjaśnieniach treści oferty, załącznikach itd. Informacja jest nieprawdziwa, jeśli jej treść jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. Nieprawdziwa informacja ma wpływ na wynik postępowania, jeśli wprost rzutuje na wybór oferty najkorzystniejszej lub ma znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Jeżeli informacje nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania – a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i składanych w związku z przedmiotem zamówienia – **zamawiający** ma obowiązek wykluczenia **wykonawcy** z postępowania.

Obowiązek wykluczenia **wykonawcy** z postępowania, z przyczyn określonych w **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,** podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy **zamawiający** poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji.

Analiza stanu faktycznego sprawy bezsprzecznie wskazuje, że działanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** wypełnia dyspozycję przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** i stanowi przesłankę obligatoryjnego wykluczenia tego **wykonawcy** z postępowania.

Zawarta w wykazie robót informacja dotycząca wartości robót kafarowych wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w **pozycji nr 4 wykazu,** jest niewątpliwie obiektywnie niezgodna z rzeczywistością.

Należy mieć na uwadze, że wartość przedmiotowych robót nie wynika z poświadczenia załączonego do wniosku na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a została przez **wykonawcę Budimex-Mostostal** wskazana jako **9.000.000 zł,** a zatem dokładnie jako wartość odpowiadająca minimalnemu warunkowi **zamawiającego.**

Przedmiotowych robót nie wykonywał sam **wykonawca.** Zostały one wykonane przez **Konsorcjum firm,** w którego skład wchodziły m.in. Boskalis International bv i Aarsleff sp. z

o.o. **Konsorcjum** dysponowało przedmiotowym doświadczeniem na zasadzie **art. 26 ust. 2b Pzp,** udostępnionym mu przez **wykonawcę Aarsleff sp. z o.o.** (dalej **wykonawca Aarsleff).**

Z uwagi na fakt, że treść poświadczenia nie wskazuje, że w ramach przedmiotowego zadania wykonano roboty kafarowe w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych lub w zakresie pogrążania ścianek szczelnych złożonych z rur o średnicy nie mniejszej niż **914 mm** łączonych zamkami, a ponadto nie wskazuje, jaka była wartość tych robót, okoliczności te powinny zatem zostać ustalone samodzielnie przez **Konsorcjum.**

Profesjonalny **wykonawca,** posługujący się w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zasobami podmiotu trzeciego, ma obowiązek dochowania należytej staranności w zakresie zweryfikowania danych dotyczących udostępnianych mu zasobów podmiotu trzeciego. Powinien on zatem pozyskać niezbędną wiedzę o szczegółach zrealizowanych przez ów podmiot robót na wskazanym w wykazie zadaniu, a ponadto dysponować dokumentami pozwalającymi na ich dokładne ustalenie. **Wykonawca** ten składa bowiem własne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jak również ponosi konsekwencje związane ze złożeniem tych oświadczeń.

Wykonawca Aarsleff, jako **wykonawca** robót kafarowych na zadaniu „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" dysponuje dokumentami zawierającymi wszelkie niezbędne dane do ustalenia szczegółowego zakresu i wartości przedmiotowych robót. Oczywistym jest, że powinnością **Konsorcjum** było uzyskać od **wykonawcy Aarsleff** przedmiotowe dokumenty i je zweryfikować.

W postępowaniu także **odwołujący Skanska** polegał na wiedzy i doświadczeniu udostępnionym mu przez **wykonawcę Aarsleff** na zasadzie **art. 26 ust. 2b Pzp.** Udostępnienie dotyczyło wiedzy i doświadczenia w zakresie spełniania warunku, o którym mowa w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. a i b ogłoszenia,** zdobytego podczas realizacji przez **wykonawcę Aarsleff** zadania pn. „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu". Także odwołujący rozważał posłużenie się wiedzą i doświadczeniem **wykonawcy Aarsleff** w wykonaniu robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych zdobytym podczas realizacji zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG", jednak z informacji uzyskanych od **wykonawcy Aarsleff** wynikało, że wartość tych robót była niższa niż **9.000.000 zł,** zatem robota ta nie spełniała warunku postanowionego przez **zamawiającego.** Na skierowane doń zapytanie **odwołującego Skanska, wykonawca Aarsleff** potwierdził ponadto, że w ramach ww. zadania nie wykonywano jakichkolwiek robót dodatkowych w zakresie robót kafarowych. W związku z powyższym, **odwołujący Skanska** nie powołał ww. zadania na potwierdzenie warunku wskazanego w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu.

Okoliczność ta nakazuje uznać, że skoro **wykonawca Aarsleff** nie wprowadził odwołującego w błąd co do rzeczywistej wartości robót kafarowych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG", to i wobec **Konsorcjum** zachował się tak samo i nie wprowadził go w błąd co do rzeczywistej wartości ww. robót na przedmiotowym zadaniu.

Tym samym nie budzi wątpliwości, że **Konsorcjum** świadomie wpisało do wykazu robót wartość robót kafarowych niezgodną ze stanem rzeczywistym, podając kwotę dokładnie odpowiadającą minimalnemu warunkowi **zamawiającego** w tym zakresie.

Dodać należy, że szczegółowe dane dotyczące zakresu i wartości wszystkich robót wykonanych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" są powszechnie dostępne i można je było uzyskać samodzielnie w trybie dostępu do informacji publicznej w Urząd Morski w Szczecinie.

Na marginesie **odwołujący Skanska** zauważył, że w przetargu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło także **Konsorcjum Korporacja Budowlana DORACO.** Jeden z członków tego konsorcjum, tj. Boskalis International bv, uczestniczył w realizacji zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" w ramach **konsorcjum** wraz z **wykonawcą Aarsleff.** Analiza wniosku tego **wykonawcy** wskazuje, że nie powołuje się on na doświadczenie zdobyte przez Boskalis International bv w ramach ww. zadania.

Gdyby wartość robót kafarowych na ww. zadaniu rzeczywiście wynosiła **9.000.000 zł, Konsorcjum Korporacja Budowlana DORACO** z pewnością wykazałoby tę robotę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, bo uzyskałoby z tego tytułu dodatkowy punkt i zwiększyło swoje szanse na pozyskanie zamówienia.

Ogół tych okoliczności nakazuje uznać, że **Konsorcjum** świadomie podało w ofercie nieprawdziwe informacje, działając w zamiarze wprowadzenia **zamawiającego** w błąd co do tego, że w odniesieniu do tego zadania spełnia warunki – udziału w postępowaniu, co w

konsekwencji doprowadziło do przyznania mu 1 punktu za to zadanie, a tym samym do zakwalifikowania go do grona pięciu wykonawców z najwyższą liczbą punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Chociaż – jak wskazywano powyżej – redakcja **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** nie pozostawia wątpliwości co do tego, że ocena motywów czy przyczyn podania nieprawdziwej informacji przez **Konsorcjum** pozostaje bez znaczenia dla wywołania skutków w postaci obowiązku wykluczenia tego **wykonawcy** z postępowania, to jednak podkreślenia wymaga, że tym bardziej skutek taki powinno wywołać świadome wprowadzenie **zamawiającego** w błąd przez tego **wykonawcę,** co w tym wypadku z pewnością miało miejsce.

Redakcja przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w przypadku, gdy **wykonawca** złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, **zamawiający** ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego **wykonawcę** z postępowania o udzielenie zamówienia. **Ustawa nie przewiduje** żadnej **możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie umożliwia zamawiającemu wezwania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia w ich miejsce informacji prawdziwych.**

Norma **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** ma charakter imperatywny. **Zamawiający** nie może zaniechać zastosowania przywołanego przepisu nawet wówczas, gdy **wykonawca** złoży oświadczenie, że nieprawdziwe informacje pochodziły od osoby, którą wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. **Przepisy ustawy** nie zawierają bowiem żadnej przesłanki ekskulpacyjnej, na którą w takiej sytuacji mógłby powołać się **wykonawca** wobec **zamawiającego. Wykonawcy** składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty wymagane przez **zamawiającego,** zawarte w nich informacje czynią treścią oświadczenia, które składają **zamawiającemu** w imieniu własnym. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, w szczególności przy przygotowywaniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wymaganych zgodnie z **art. 25 ust. 1 Pzp** oświadczeń i dokumentów.

W wyroku z 19 sierpnia 2009 r. w sprawie **KIO/UZP 1004/09** KIO również potwierdziła, że podanie nieprawdziwych informacji nie można uznać za „błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp** – jest to samoistna przesłanka wykluczenia (art. **24 ust. 2 pkt 3 Pzp).**

Konsorcjum podało w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje nieprawdziwe, których nie da się poprawić czy zmienić – nie podlegają one bowiem uzupełnieniu. Uzyskanie przez **zamawiającego** wiadomości o podaniu przez tego **wykonawcę** nieprawdziwych informacji powinno automatycznie skutkować wykluczeniem go z przetargu.

2. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 51 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1

Z ostrożności procesowej, gdyby **KIO** uznała, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia **wykonawcy Budimex-Mostostal** z postępowania na postawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołujący Skanska** wskazuje także, że przyznanie 1 punktu **wykonawcy Budimex-Mostostal** w wyniku oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w okolicznościach opisanych powyżej, narusza **ustawę.**

Pomimo, że w treści opisu **pozycji nr 4 wykazu** robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku Konsorcjum) **wykonawcy Budimex-Mostostal** wskazał, że wartość robót

---

kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych wykonanych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" wynosi **9.000.000 zł netto,** to w rzeczywistości wartość ww. robót nie osiągnęła minimalnej wartości netto wymaganej przez **zamawiającego.**

Z informacji uzyskanych przez **wykonawcę Skanska** jednoznacznie bowiem wynika, że wartość robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych wykonanych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" wyniosła **8.897.805,15 zł**

netto, a zatem robota ta nie spełnia wymogów **zamawiającego** określonych w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu. **Odwołujący Skanska** zastrzega, że stosowny dowód na powyższą okoliczność przedstawi na rozprawie.

Z tego względu **zamawiający** powinien przyznać **wykonawcy Budimex-Mostostal 0 punktów** za to zadanie, a w konsekwencji **21 punktów** łącznie.

Wykonawca Budimex-Mostostal nie ma przy tym możliwości uzupełnienia wykazu robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu przez zastąpienie ww. roboty innym zadaniem, spełniającym wymogi **zamawiającego,** albowiem w świetle przepisów ustawy byłoby to niedopuszczalne.

Odwołujący Skanska podziela w tym zakresie utrwalone stanowisko doktryny i orzecznictwa, że w postępowaniach dwuetapowych uzupełnianie dokumentów – niezależnie czy na wezwanie, czy samodzielnie – jedynie dla osiągnięcia lepszej punktacji jest niedopuszczane (tak np. KIO w wyroku z 27 stycznia 2015 r. **sygn. akt KIO 63/15; KIO 74/15; KIO 75/15).** KIO wskazała w uzasadnieniu wyroku z 29 maja 2013 r. (sygn. **akt KIO 1160/13):** »Wykonawca, wezwany w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp** ma prawo uzupełnić dokumenty, ale tylko, zgodnie z literalnym brzmieniem (odwołaniem do przepisu **art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp)** „potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu", a więc warunki, które można nazwać „minimalnymi", tj. takie, których brak spełnienia prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zdaniem KIO, przyznawanie punktacji za uzupełnione dokumenty w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp** prowadziłoby bowiem do naruszenia **art. 7 Pzp«.**

Wykonawca Budimex-Mostostal na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu wskazał w **pozycji 3 wykazu** robót zadanie pn. „Budowa falochronu osłonowego dla portu zewnętrznego w Świnoujściu" o wartości robót kafarowych **ok. 122.000.000 zł netto,** za które **zamawiający** przyznał mu **1 punkt.** Tym samym wykazał spełnianie minimalnego warunku udziału w postępowaniu, zatem brak jest podstawy prawnej do uzupełnienia wykazu

robót w odniesieniu do tego warunku samodzielnie przez **wykonawcę** lub na wezwanie **zamawiającego** w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp.**

Wobec tego należy wskazać, że **Konsorcjum** nie powinno być zaproszone do złożenia ofert, zaś stosownie do przepisu **art. 51 ust. 2 Pzp** zdanie 2 – wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jako wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. **Zamawiający** zatem powinien wykluczyć **Konsorcjum** z postępowania na podstawie przepisu **art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp.**

Odwołujący Skanska przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 04.07.2016 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **05.07.2016 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp). Zamawiający** zamieścił odwołanie na stronie internetowej **05.07.2016 r.** (art. **185 ust. 1 in fine Pzp).**

08.07.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie złożyli [1] Prezesowi **KIO,** z kopiami dla [2] **zamawiającego** i [3] **odwołującego Skanska,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

08.07.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [pełnomocnik] i [2] ED. Zublin z siedzibą Stuttgarcie Niemcy złożyli [1] Prezesowi **KIO,** z kopiami dla [2] **zamawiającego** i [3] **odwołującego Skanska,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

08.07.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a) Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], (b) Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, (c) Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – (adres do korespondencji: Korporacja Budowlana Doraco Sp.

z o.o.) złożyli [1] Prezesowi **KIO,** z kopiami dla [2] **zamawiającego** i [3] **odwołującego Skanska,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **odwołującego Skanska** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

Zamawiający zawiadomił **24.06.2016 r.** o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik]** nie zostali zaproszeni do składania ofert.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a) Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [pełnomocnik], (b) Boskalis International bv z siedzibą w Holandii, (c) Boskalis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej odwołujący Doraco), zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł **04.07.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący Doraco zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:
1) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz **art. 26 ust. 2b Pzp** przez bezprawne i bezzasadne uznanie, że **Konsorcjum Strabag** Sp. z o.o. i Ed. Zublin AG może wykazać swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania Hydrobudowy Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej;
2) **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp** przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania **Konsorcjum Strabag** Sp. z o.o. i Ed. Zublin AG oraz Konsorcjum **Budimex S.A. i Mostostal Kraków S.A.** do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp;**
3) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez uchybienie zasadom równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji stwierdzenia ww. naruszeń **ustawy;**
4) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z dopuszczeniem do dalszego etapu postępowania (zaproszenie do składania ofert) ofert wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący Doraco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu:**
1) unieważnienia czynności oceny **wniosków o dopuszczenie** do udziału w postępowaniu;
2) ponownego dokonania oceny **wniosków o dopuszczenie** do udziału w postępowaniu, w szczególności wniosków **Konsorcjum Strabag** Sp. z o.o. i Ed. Zublin AG oraz **Konsorcjum Budimex S.A. i Mostostal Kraków S.A.,** a w konsekwencji zaproszenia **odwołującego Doraco** do dalszego udziału w postępowaniu i złożenia oferty w postępowaniu;

---

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz **odwołującego Doraco** kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Ponadto odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania oraz dokumentów złożonych i zgromadzonych w ramach przedmiotowego postępowania w postaci:
1) wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **Konsorcjum Strabag Sp. z o.o., Ed. Zublin AG** wraz z załączonymi dokumentami i oświadczeniami oraz wyjaśnieniami – w aktach postępowania przetargowego;
2) wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **Konsorcjum Budimex S.A. i Mostostal S.A. (dalej wykonawca Budimex-Mostostal)** wraz z załączonymi dokumentami i oświadczeniami oraz wyjaśnieniami – w aktach postępowania przetargowego;
3) wezwań zamawiającego do złożenia wyjaśnień – w aktach postępowania

przetargowego;
4) specyfikacji technicznej robót budowlanych;
5) opisu technicznego robót budowalnych.

Argumentacja **odwołującego Doraco**

Z dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. oraz Ed. Zublin AG (dalej jako **wykonawca STRABAG)** wynika, że w zakresie wiedzy i doświadczenia **wykonawca STARBAG** polegać będzie na zasobach udostępnionych na zasadzie **art. 26 ust. 2b Pzp** przez spółkę Hydrobudowa Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej (dalej jako **podmiot „Hydrobudowa").** Do wniosku **wykonawcy STRABAG** załączone zostało między innymi zobowiązanie z **21.04.2016 r. podmiotu Hydrobudowa** o udostępnieniu na rzecz **wykonawcy STRABAG** zasobów tej spółki w postaci wiedzy i doświadczenia. W związku z udostępnionymi zasobami **podmiot Hydrobudowa** będzie współdziałać w realizacji zamówienia, jako podwykonawca w zakresie usług sprzętowych niezbędnych dla realizacji prac kafarowych oraz robót prowadzonych na obszarze akwenu. Ponadto **podmiot Hydrobudowa** zobowiązał się współpracować z **wykonawcą STRABAG** przez udostępnienie całej swoje wiedzy i doświadczenia realizacyjnego zdobytego przy wykonywaniu zamówień na roboty budowlane (know-how, wsparcie merytoryczne) przez cały okres realizacji zamówienia. Jak wskazano w treści zobowiązania sposób skorzystania z ww. zasobów **podmiotu Hydrobudowy** obejmować ma według potrzeb, w szczególności opiniowanie prawidłowości założeń wykonawczych, świadczenie pomocy technicznej, doradztwo i konsultacje przy wykonywaniu zamówienia, dostarczanie niezbędnych informacji w zakresie wiedzy technicznej i

technologicznej, w tym dostęp do dokumentacji technicznej, instrukcji obsługi, instrukcji serwisowych, opracowań, analiz itp., na bieżąco podczas realizacji zamówienia, w przypadkach trudnych napotkanych podczas realizacji oraz w pozostałym zakresie po dodatkowych uzgodnieniach, w każdej formie. **Podmiot Hydrobudowa** oświadczył jednocześnie, że zobowiązuje się przekazać **wykonawcy STRABAG** niezbędne maszyny i specjalistyczny sprzęt, a także oddelegować wykwalifikowany personel do ich obsługi.

Stosownie do złożonych wraz z wnioskiem dokumentów, **wykonawca STRABAG** w zakresie wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia powołuje się na następujące zamówienia wykonane przez **podmiot Hydrobudowa:**

1. W zakresie zamówień określonych w **Sekcji III 2.3 ust. 1 pkt 1 lit. a ogłoszenia** o zamówieniu:
   a) Przebudowa Nabrzeża Północnego w basenie X w Bazie Morskiej Gdynia,
   b) Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku), Etap I – przebudowa falochronu wschodniego,
   c) Przystań Jachtowa przy Molo w Sopocie wraz z budynkiem kubaturowym na głowicy mola oraz Remont ostrogi,
   d) Rozbudowa Morskiej Przystani Rybackiej w Kuźnicy.
2. W zakresie zamówień określonych w **Sekcji III 2.3 ust. 1 pkt 1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu:
   a) Wykonanie umocnienia brzegu w rejonie Cypla Helu wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą,
   b) Przebudowa Nabrzeża Północnego w basenie X w Bazie Morskiej Gdynia,
   c) Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku), Etap I – przebudowa falochronu wschodniego,
   d) Przystań Jachtowa przy Molo w Sopocie wraz z budynkiem kubaturowym na głowicy mola oraz Remont ostrogi,
   e) Rozbudowa Morskiej Przystani Rybackiej w Kuźnicy,
   f) Wykonanie remontu pomostu przydokowego przy Nabrzeżu Stoczniowców w Porcie Gdynia,
   g) Rozbudowa Mariny Narodowego Centrum Żeglarstwa AWFiS w Gdańsku Górki Zachodnie – II etap.

Wykonawca STRABAG powinien zostać wykluczony z postępowania na zasadzie **art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp** w związku z **art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp.**

Odwołujący Doraco przytoczył orzecznictwo **KIO** w zakresie wykładni **art. 26 ust. 2b Pzp,** np. wyrok KIO z 13 lipca 2010 r. sygn. akt **KIO 1288/10;** wyrok KIO z 14 lipca 2011 r.

sygn. akt **KIO/UZP 1333/10).** Zobowiązanie, o którym mowa w **art. 26 ust. 2b Pzp** powinno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o

zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez bezpośredniego zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci, tj. jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie musi jednak zostać wykazane przez **wykonawcę,** bo nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku **zamawiający** będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, składający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Analogiczne stanowisko prezentuje **Prezes UZP,** w swoich opiniach opublikowanych na stronie internetowej **UZP,** w szczególności w materiałach pod tytułem: „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na którego zasobach wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia" oraz „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu".

Wynika z tego, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego musi nastąpić na okres wykonywania zamówienia. W przypadku, gdy w stosunku do podmiotu trzeciego zobowiązującego się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, ogłoszona została upadłość i to upadłość likwidacyjna, nie można przyjąć, że takie oświadczenie odpowiada prawdzie. **Podmiot Hydrobudowa** nie może dać gwarancji, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez **wykonawcę STRABAG** pozostanie do jego dyspozycji. Co istotne okres wykonywania przedmiotowego zamówienia wynosić ma – stosownie do treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – 18 miesięcy. W ocenie **odwołującego Doraco podmiot Hydrobudowa,** wobec którego ogłoszona została upadłość likwidacyjna, utracił zdolność prowadzenia działalności gospodarczej w warunkach umożliwiających efektywne udostępnienie zasobów w trybie przepisów ustawy. Stosownie do poglądu utrwalonego w orzecznictwie **KIO** udostępnienie zasobów trzeciego przedsiębiorcy w zakresie wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter rzeczywisty i przybrać formę współpracy np. podwykonawstwa, umowy doradczej lub innych umów. Tym samym ogłoszenie upadłości likwidacyjnej nie daje gwarancji, że **podmiot Hydrobudowa**

pozostanie przez cały okres wykonywania zamówienia do dyspozycji **wykonawcy STRABAG.**

Tym samym w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez **zamawiającego** postanowień **art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b Pzp** – **wykonawca STRABAG** nie spełnił podanych przez **zamawiającego** warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem **odwołującego Doraco wykonawca STRABAG** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli bowiem wykonawca zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego na zasadach określonych **art. 26 ust. 2b Pzp** zobowiązanie tego podmiotu powinno wyrażać w sposób jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym nawiązujące do specyfiki zamówienia i zakresu tego uczestnictwa oraz mieć charakter niewątpliwy z perspektywy efektywnego zaangażowania w realizację przedsięwzięcia. Ten warunek nie został spełniony – eliminuje go status **podmiotu Hydrobudowa,** pozostającego w upadłości likwidacyjnej.

Jak wskazała **KIO** w wyr. z 18 marca 2011 r. (sygn. **akt KIO 471/14),** w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, jak np. doświadczenie, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez bezpośredniego zaangażowania danego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument udostępnienia zasobu powinien zawierać wiążące zadeklarowanie uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Przy czym realność tego uczestnictwa, musi zostać wykazana w sposób podany przez zamawiającego. Z przepisu **art. 26 ust. 2b Pzp** wynika, że udostępnienie zasobów trzeciego przedsiębiorcy musi nastąpić na okres wykonywania zamówienia. W konsekwencji w przypadku, gdy w stosunku do Hydrobudowy, która udostępnia swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, ogłoszona została upadłość likwidacyjna nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia, którego realizacja przewidziana została na okres 18 miesięcy, tj. co najmniej do końca 2017 r. **Podmiot Hydrobudowa** nie daje realnej gwarancji, że przez cały czas wykonywania zamówienia przez **wykonawcę STRABAG** pozostanie do jego dyspozycji.

W ocenie **odwołującego Doraco** sytuacja majątkowa **podmiotu Hydrobudowa** nie pozwala na pełne wywiązywanie się z istniejących zobowiązań, a dalsze warunki prowadzenia działalności gospodarczej są trudne do prognozowania. Procedury regulujące postępowanie upadłościowe, mają na celu w pierwszym rzędzie zaspokojenie wierzycieli dłużnika, w tym przez sprzedaż jego aktywów, nawet służących wykonywaniu działalności. Słaba kondycja finansowa podmiotu, brak płynności finansowej, niewypłacalność, z powodu

---

których zgłasza się wniosek o upadłość, bez względu na to, czy z możliwością zawarcia układu z wierzycielami, przekłada się na ograniczenia w bieżącej działalności i możliwość realizacji nowych kontraktów (por. *wyrok KIO z 18 marca 2011 r., sygn. akt* **KIO 471/11).**

Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 20 listopada 2012 r., sygn. akt **KIO 2445/12,** *wskazując,* że „w przypadku, gdy inny podmiot zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie daje realnego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania zamówienia pozostanie do jego dyspozycji".

W świetle tego, dokument z **21.04.2016 r.** dot. zobowiązania **podmiotu Hydrobudowa** do udostępnienia zasobów na rzecz **wykonawcy STRABAG,** jak również wykaz robót budowlanych wykonanych przez **podmiot Hydrobudowa** wraz z dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie tych robót przez **podmiot Hydrobudowa** nie może być podstawą przyjęcia, że **wykonawca STRABAG** spełnia warunki określone w **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Przy ocenie wniosku **wykonawcy STRABAG** – w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia – **zamawiający** nie powinien brać pod uwagę zamówień wykonanych przez **podmiot Hydrobudowa. Podmiot Hydrobudowa** ma uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Fakt ogłoszenia przez **podmiot Hydrobudowa** upadłości nie daje rzeczywistego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez **wykonawcę STRABAG,** że **podmiot Hydrobudowa** pozostanie do dyspozycji **wykonawcy STRABAG.**

Z przyczyn wskazanych w wynikach weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, następujące zamówienia nie były brane pod uwagę przez **zamawiającego** np. z uwagi na zbyt małą wartość robót:

1) Przystań Jachtowa przy Molo w Sopocie wraz z budynkiem kubaturowym na głowicy mola oraz Remont ostrogi,
2) Rozbudowa Morskiej Przystani Rybackiej w Kuźnicy,
3) Rozbudowa Mariny Narodowego Centrum Żeglarstwa AWFiS w Gdańsku – Górki Zachodnie – II etap.

Z uwagi na upadłość **podmiotu Hydrobudowa zamawiający** przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nie powinien brać również pod uwagę następujących zamówień wykonanych przez **podmiot Hydrobudowa:**

1. W zakresie zamówień określone w **sekcji III 2.3 ust. 1 pkt 1 lit. a Ogłoszenia o zamówieniu:**

a) Przebudowa Nabrzeża Północnego w basenie X w Bazie Morskiej Gdynia,
b) Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku), Etap I – przebudowa falochronu wschodniego.

2. W zakresie zamówień określonych w **sekcji III 2.3 ust. 1 pkt 1 lit b Ogłoszenia o zamówieniu:**
   a) Wykonanie umocnienia brzegu w rejonie Cypla Helu wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą,
   b) Przebudowa Nabrzeża Północnego w basenie X w Bazie Morskiej Gdynia,
   c) Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku), Etap I – przebudowa falochronu wschodniego,
   d) Wykonanie remontu pomostu przydokowego przy Nabrzeżu Stoczniowców w Porcie Gdynia.

Podmiot Hydrobudowa, a w konsekwencji **wykonawca STRABAG** nie daje gwarancji wykonania zamówienia i powinien podlegać eliminacji z postępowania na etapie kwalifikacji podmiotowej.

Zamawiający, działając na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,** powinien wyczerpać obligatoryjną procedurę określoną w **art. 26 ust. 3 Pzp** i wezwać **wykonawcę STRABAG** do uzupełnienia wadliwych dokumentów podmiotowych w zakresie wiedzy i doświadczenia, ewentualnie wezwać **wykonawcę STRABAG** na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp** do wyjaśnienia, czy deklaracja **podmiotu Hydrobudowa** jest możliwa do realizacji oraz do wyjaśnienia sposobu i możliwości wykorzystania doświadczenia udostępnianego przez **podmiot Hydrobudowa,** mając na uwadze odległą perspektywę czasową realizacji kontraktu (18 miesięcy).

Zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający** wzywa **wykonawców,** którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp** lub którzy nie złożyli pełnomocnictw albo, którzy złożyli wymagane przez **zamawiającego** oświadczenia i dokumenty (o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp)** lub pełnomocnictwa zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo byłoby konieczne unieważnienie postępowania. Z kolei zgodnie z **art. 26 ust. 4 Pzp** zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp.** Co do zasady zatem **zamawiający** zobowiązany jest, zgodnie z dyspozycją powyższych przepisów, wezwać wykonawców do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń: potwierdzających spełnianie wymagań podmiotowych; potwierdzających spełnianie wymagań przedmiotowych; potwierdzających posiadanie odpowiednich pełnomocnictw w postępowaniu.

Z tego wynika, że co do zasady (poza wskazanymi wprost wyjątkami niemającymi zastosowania w analizowanej sytuacji) czynność wezwania do wyjaśnień, uzupełniania oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kwestią woli **zamawiającego.** Zatem zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp** stanowi naruszenie przepisów **ustawy.**

W przypadku **wykonawcy Budimex-Mostostal,** w pozycji 5 wykazu robót „Rozbudowa infrastruktury portowej w południowej części portu w Świnoujściu – budowa stanowiska promowego nr 1", w zakresie referencji wskazano, że wykonane zostały roboty czerpalne **82714,15 m3.** Tymczasem z posiadanych przez **odwołującego Doraco** informacji uzyskanych na podstawie opisu technicznego oraz specyfikacji technicznej ww. robót wynika, że **wykonawca** ten wykonywał *de facto* roboty czerpalno-refulacyjne oraz czerpalne z odkładem na klapowisko. Mając na uwadze powyższe, powstaje istotna wątpliwość w zakresie ilości wymaganych przez **zamawiającego** prac czerpalno-refulacyjnych (tj. 70 000 m3). W związku z powyższym, **zamawiający** zobowiązany był do wezwania **wykonawcy Budimex-Mostostal** w trybie **art. 26 ust. 4 Pzp** do złożenia w wyznaczonym przez **zamawiającego** terminie wyjaśnień w powyższym zakresie. **Zamawiający** w sposób

nieuprawniony zaniechał przeprowadzenia tej czynności.

Dowód:

1) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (ST-04.02 Roboty czerpalne i umocnienia dna) p.n. „Rozbudowa infrastruktury portowej w południowej części portu w Świnoujściu-budowa stanowiska promowego nr 1" – str. 154 pkt 1.3 i str. 158 piąty akapit od słów: „Urobek pogłębiarski należy składać na szalandzie, przetransportować na miejsce wskazane przez inżyniera i wyrefulować lub wyklapować na wskazane pole refulacyjne";

2) opis techniczny robót budowlanych (Projekt budowlano-wykonawczy roboty czerpalne) p.n. „Rozbudowa infrastruktury portowej w południowej części portu w Świnoujściu-budowa stanowiska promowego nr 1" – str. 12 pkt 2.1.3 odnośnik pierwszy.

Jeżeli **zamawiający** nie posiada pewności do spełniania przez określonego **wykonawcę** warunków udziału w danym postępowaniu, to zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez KIO w wyr. z 22 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1044/10, **zamawiający** „jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzące z innych postępowań (...), jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie **art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp".**

Odwołujący Doraco przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 04.07.2016 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **05.07.2016 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp)** i **zamawiający** zamieścił odwołanie na stronie internetowej **05.07.2016 r.** (art. **185 ust. 1 in fine Pzp).**

08.07.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie złożyli [1] Prezesowi **KIO,** z kopiami dla [2] **zamawiającego** i [3] **odwołującego Doraco,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

08.07.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [pełnomocnik] i [2] ED. Zublin z siedzibą Stuttgarcie Niemcy złożyli [1] Prezesowi **KIO,** z kopiami dla [2] **zamawiającego** i [3] **odwołującego Doraco,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

08.07.2016 r. wykonawca Skanska z siedzibą w Gdańsku złożyli [1] Prezesowi **KIO,** z kopiami dla [2] **zamawiającego** i [3] **odwołującego,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **odwołującego Doraco** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

Sygn. akt KIO 1193/16

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie 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 Skanska.**

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego,** potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach złożonych przez odwołującego Skanska:

1) (dowód nr 1) „korespondencja z wykonawcą Aarsleff" oraz „kopia fragmentu oferty wykonawcy Aarsleff złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia w Świnoujściu, która to robota została powołana we wniosku wykonawcy **Budimex-Mostostal** na potwierdzenie, że zakres prac w Świnoujściu nie obejmował robót dodatkowych;

2) (dowód nr 2) „informacja publiczna dotycząca wartości robót kafarowych" wykonawcy Budimex w poz. nr 4 wniosku;

3) (dowód nr 3) „zestawienie wartości robót kafarowych", z których to dowodów 1-3 wynika, że **wartość robót kafarowych wskazanych przez wykonawcę Budimex jest mniejsza niż 9 000 000 zł i wynosi 8 755 337,77 zł;**

dowodach złożonych przez przystępującego Budimex-Mostostal:

4-7) (dowody nr 4-7) przedmiary robót na wykazanie, że **w różnych przedmiarach w różnych pozycjach występują podobne elementy np. w dowodzie 4 nadbrzeże szyprów w poz. 18 d.3, w dowodzie 5 brzeg lewy w poz. 13 d.2, w dowodzie 6 brzeg prawy w poz. 15 d.2, a w dowodzie nr 7 w poz. 23 d.3; to** że **w kosztorysach pozycje te występują oddzielnie, nie** świadczy **o tym** że **nie można ich połączyć, bądź rozdzielić zależnie od konkretnych potrzeb wykonawcy;**

8) (dowód nr 8) korespondencja mailowa, z tą samą osobą ze strony Aarsleff, co w dowodzie nr 1, dane zawarte we wniosku przystępującego Budimex-Mostostal zostały przedstawione przez wykonawcę robót Aarsleff i wartości pokazane w tym mailu odpowiadają wartościom pokazanym przez odwołującego Skanska w dowodzie nr 2 i w dowodzie nr 3 w wartościach podanych w mailu, ale bez robót ochronnych i te same wartości w dowodzie nr 2, co wskazuje, że **dane przedstawione przez Aarsleff pochodzą wprost z rozliczenia robót w** Świnoujściu **z Urzędem Morskim w Szczecinie na wykazanie,** że **wartość robót wyniosła 9 187 175,96 zł netto, a nie tylko 9 000 000 zł;**

9) (dowód nr 9) aneks do umowy, który pokazuje, że **w** Świnoujściu **były dokonywane zmiany w wartości wynagrodzenia, a Urząd Morski nie pokazał ich w dowodzie nr 2, bo nie tego dotyczyło pytanie.**

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. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy Budimex-Mostostal** z postępowania pomimo złożenia przez **wykonawcę Budimex-Mostostal** nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania polegającej na wskazaniu w treści opisu pozycji nr 4 wykazu robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal),** że wartość robót kafarowych w zakresie pogrążania kombinowanych ścianek szczelnych wykonanych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" wynosi **9.000.000 zł netto** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **odwołujący Skanska** zarzucił, że **wykonawca Budimex-Mostostal** złożył **zamawiającemu** na wykazanie spełnienia warunku i uzyskania punktu w rankingu wykonawców do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje odnośnie wartości robót kafarowych w ramach zadania „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG". Zgodnie z zapatrywaniami **odwołującego Skanska** roboty kafarowe w tym zadaniu nie osiągnęły minimalnej wartości wymaganej przez **zamawiającego** – **9 000 000 zł netto.** Tak też wynikałoby z dowodów 1-3 złożonych przez **odwołującego Skanska** na rozprawie.

Jednak, dowody te nie mogą być podstawą do zajęcia stanowiska przez **Izbę,** gdyż brak jest pytań, na które odpowiadały podmioty wystosowujące odpowiedzi w zakresie braku

odpowiedniej wartości czy braku rozszerzeń zakresu umowy.

Dowody 4-7 pokazują, że roboty ochronne są w różnych kosztorysach różnie umiejscawiane, jednak zdaniem **Izby** nie zmienia to faktu, że roboty ochronne są immanentną częścią robót kafarowych, gdyż stanowią wykończenie tych robót, aby budowla wykonana za pomocą tej metody prowadzenia robót mogła funkcjonować przez odpowiednio długi okres, a nie była narażona na bezpośrednie oddziaływanie agresywnych czynników wody morskiej.

Ponadto **dowód nr 9** złożony przez **przystępującego Budimex-Mostostal** pokazał, że w robotach w Świnoujściu mogły zaistnieć zwiększenia wartości, ale najistotniejszą kwestią w rozpoznawanej sprawie jest to, że do wartości robót kafarowych należy dołączyć wartość prac ochronnych. I nie ma różnicy między tymi pracami wykonywanymi na brzegu przed zanurzeniem do wody morskiej czy po zanurzeniu, ale istotny jest cel przeprowadzenia prac ochronnych – zabezpieczenie wykonanej budowli przed zbyt szybkim zniszczeniem

spowodowanym odziaływaniem zasolonej wody morskiej na nieodpowiednio zabezpieczone (chronione) powierzchnie budowli.

Także **Izba** wzięła pod uwagę **dowód nr 8,** z którego wynika, że dokładna wartość robót kafarowych wyniosła **9 187 175,96 zł** netto, a nie tylko **9 000 000 zł,** jak podał to **wykonawca Budimex-Mostostal** w swojej ofercie. Tak więc **wykonawca** zaokrąglił wynik o nieznaczną wartość 2,1%, ale – co najważniejsze – na swoją niekorzyść i nie zmienia to faktu, że robota swoją wartością spełniała warunek **zamawiającego.**

Dlatego **Izba** stwierdza, że **wykonawca Budimex-Mostostal** nie przedstawił nieprawdziwych informacji, a także **Izba** stoi na stanowisku, że skoro wykazane przez **wykonawcę** roboty warunek przez **Budimex-Mostostal** spełniają postawiony **zamawiającego** i nie ma do tego zasadnych zastrzeżeń, to także nie ma możliwości zastosowania **art. 26 ust. 3 Pzp** i wezwania tego **wykonawcy** do jakiegokolwiek uzupełnienia dokumentów.

Z tych względów w ocenie **Izby,** zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy Budimex-Mostostal** z postępowania – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby,** zarzut **drugi** naruszenia **art. 51 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zakwalifikowanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** do grona wykonawców o najwyższej liczbie punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, pomimo, że **wykonawca Budimex-Mostostal** nie uzyskał najwyższej liczby punktów, a także pomimo tego, że przedstawił nieprawdziwe informacje, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że wskazana w **pozycji nr 4** wykazu robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal)** robota „Dostosowanie podejściowego toru wodnego do Świnoujścia dla umożliwienia bezpiecznej żeglugi statków do przewozu LNG" spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia** o zamówieniu i przyznanie z tego tytułu 1 punktu wnioskowi **wykonawcy Budimex-Mostostal** oraz zarzut **czwarty** naruszenia **art. 51 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zakwalifikowanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** do grona wykonawców o najwyższej liczbie punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że ze względu na niepodlegające kwestionowaniu zaliczenie spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu **wykonawcy Budimex-Mostostal** przez **zamawiającego** (o czym w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego) **zamawiający** musi stwierdzić, że **wykonawca Budimex-Mostostal** spełnia kwestionowany warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** określone szczegółowo w **sekcji III.2.3 pkt 1.1 lit. b Ogłoszenia** o zamówieniu. Zdaniem **zamawiającego** i także zdaniem

Izby wykonawca wykazał zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** spełnienie poddawanego w wątpliwość przez **odwołującego Skanska** warunku w **pozycji nr 4** wykazu robót budowlanych (załącznik nr 2 do wniosku **wykonawcy Budimex-Mostostal).**

Z tego względu **zamawiający** był obowiązany przyznać ofercie **wykonawcy Budimex-Mostostal** punkty zgodnie z postanowieniem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i

art. 51 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący Skanska nie wykazał, że **zamawiający** przydzielił **wykonawcy Budimex-Mostostal** punkty w sposób naruszający **art. 51 ust. 1 i 2 Pzp** bądź postanowienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

W związku z tym w ocenie **Izby,** zarzut **drugi** naruszenia **art. 51 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez przyznanie wszystkich punktów **wykonawcy Budimex-Mostostal,** zarzut **trzeci** naruszenia **art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że kwestionowana robota spełnia wskazany warunek udziału w postępowaniu i przyznanie z tego tytułu 1 punktu wnioskowi **wykonawcy Budimex-Mostostal** oraz zarzut **czwarty** naruszenia **art. 51 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zakwalifikowanie **wykonawcy Budimex-Mostostal** do grona wykonawców o najwyższej liczbie punktów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego Skanska** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt KIO 1207/16

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie 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 Doraco.**

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego,** potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach złożonych przez odwołującego Doraco:

1) (dowód nr 10) fragment Dokumentacji projektowej, gdzie na str. 21 można znaleźć informację o odkładzie urobku metodą refulacji i klapowania, z których odwołujący Doraco wywodzi brak jednoznacznego wymagania zastosowania tylko refulacyjnej metody odkładu urobku z robót czerpalnych;

dowodach złożonych przez przystępującego Strabag:

2) (dowód nr 11) komplet dokumentów (a) oświadczenie syndyka Hydrobudowy, (b) postanowienie Sądu Rejonowego w Gdańsku wyrażającego zgodę na prowadzenie przedsiębiorstwa, (c) certyfikat ISO Hydrobudowy ważny od 28.03.2016 r. do 15.09.2018 r., (d) lista głównych umów Hydrobudowy (e) zaświadczenie o zatrudnionych pracownikach przez Hydrobudowę, (f) lista sprzęty będącego własnością Hydrobudowy, (g) oświadczenie syndyka o ustawicznym szkoleniu pracowników, (h) schemat organizacyjny Hydrobudowy, (i) korespondencja wykonawcy Strabag z Hydrobudową), z których to dokumentów przystępujący Strabag wywodzi, że **Hydrobudowa może prowadzić przedsiębiorstwo i je prowadzi oraz będzie prowadzić je przez okres realizacji zamówienia;**

dowodach złożonych przez przystępującego Budimex-Mostostal:

3) (dowód nr 12) SIWZ rozpoznawanego postepowania gdzie na str. 15 OPZ roboty czerpalne wskazana jest tylko jedna forma odkładu a więc postępowaniu nie było dopuszczone inne odkładanie urobku;
4 i 5) (dowód nr 13 i 14) oświadczenie kierownika budowy w Świnoujściu **i karta tytułowa Dziennika Budowy w** Świnoujściu, że **na budowie tej była wykorzystywana tylko metoda refulacji.**

27

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. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz **art. 26 ust. 2b Pzp** przez bezprawne i bezzasadne uznanie, że **Konsorcjum Strabag** Sp. z o.o. i Ed. Zublin AG może wykazać swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania **Spółki Hydrobudowa Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący Doraco zarzucił **zamawiającemu** naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** ze względu na uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Strabag** Sp. z o.o. i Ed. Zublin AG (dalej **wykonawca Strabag)** wykazał spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp,** mimo że w tym zakresie **wykonawca Strabag** oparł się na doświadczeniu **Spółki Hydrobudowa Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej.**

Jednak zdaniem **Izby odwołujący Doraco** nie wziął pod uwagę, że żaden przepis nie zabrania wykonawcy polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotów, które są postawione w stan upadłości likwidacyjnej. Również **odwołujący Doraco** nie wskazał istnienia takiego przepisu. Ponadto w rozpoznawanej sprawie **zamawiający** zetknął się z tym podmiotem w ostatnim czasie, gdy **podmiot Hydrobudowa** wykonywał dla **zamawiającego** właściwie roboty budowlane, jako podwykonawca, cyt. ze str. 17 protokołu »Zamawiający stwierdza, że **podmiot Hydrobudowa** już po ogłoszeniu upadłości bez zarzutu wypełniał swoje zobowiązania w stosunku do **zamawiającego«.** W związku z tym **odwołujący Doraco** nie podał realnych podstaw do wykluczenia **wykonawcy Strabag** z postępowania. **Izba** w tym zakresie również wzięła od uwagę **dowody 11-14,** w których składający dowody wykazywali zadowalającą kondycję **podmiotu Hydrobudowa.** Ponadto istotne znaczenie miał **dowód 11 lit. b postanowienie Sądu Rejonowego w Gdańsku z 9 lipca 2015 r. wyrażającego zgodę syndykowi na prowadzenie przedsiębiorstwa** upadłego **podmiotu Hydrobudowa. Odwołujący Doraco** także nie wykazał, że przewidywany czas trwania **podmiotu Hydrobudowa** będzie krótszy niż przewidywany okres realizacji rozpoznawanego zamówienia. **Izba** stwierdza, że nie ma podstaw prawnych (i **odwołujący Doraco** również ich nie przedstawił) do zobowiązania **zamawiającego,** aby **zamawiający** oparł decyzję wykluczenia **wykonawcy** na hipotetycznej możliwości zakończenia działalności wykonawcy lub podmiotu, na którego potencjale polega wykonawca.

Izba zauważa, że stany faktyczne przedstawionych przez **odwołującego Doraco** wyroków **KIO** są odmienne od stanu faktycznego rozpoznawanego postępowania, dlatego nie można ich rozpatrywać analogicznie.

28

Ze względu na powyższe w ocenie **Izby,** zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz **art. 26 ust. 2b Pzp** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby,** zarzut **drugi** naruszenia **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp** przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania **Konsorcjum Strabag** Sp. z o.o. i Ed. Zublin AG oraz **Konsorcjum Budimex S.A. i Mostostal Kraków S.A.** do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący Doraco przedstawił wątpliwość czy **wykonawca Budimex-Mostostal** wykazał odpowiednie doświadczenie, gdyż **odwołujący Doraco** nie doszukał się jednoznacznego stwierdzenia, że **wykonawca Budimex-Mostostal** ten ma właściwe doświadczenie w poz. 5 wykazu robót w odpowiedniej wielkości robót czerpalno-refula-

cyjnych.

Izba stwierdza, za **zamawiającym** na rozprawie, że odwołanie nie może się opierać na wątpliwościach, ale odwołujący powinien wskazać konkretne zarzuty i dowieść ich popełnienie przez zamawiającego. Tak więc **odwołujący Doraco** nie wykazał, że **przystępujący Budimex-Mostostal** nie wykazał odpowiedniego doświadczenia w zakresie wykonania robót czerpalno-refulacyjnych w poz. nr 5 wykazu robót. Wprost przeciwnie – z całości dokumentacji, którą dysponował **zamawiający,** szczególnie **pkt 1.3 na str. 154 (54), pkt 3 na str. 156 (56) czy pkt 7 na str. 160 (60)** – wynika, że roboty czerpalno-refulacyjne były wykonywane z zastosowaniem odpowiedniej metody odkładania urobku na pole refulacyjne, a nie metodą wyklapowania. Również **dowód 12** pokazuje, że w przytoczonej robocie w pkt 5 wykazu robót **wykonawca Budimex-Mostostal** nie było dopuszczone inne odkładanie urobku niż refulacja, tak jak to wymagał obecny **zamawiający.** Ponadto **Izba** stoi na stanowisku, że dowody nr 13 i 14 w zakresie oświadczenia kierownika budowy wskazanej w pkt 5 wykazu robót, stwierdzające, że w robotach tych była zastosowana tylko metoda refulacyjna tylko utwierdzają **zamawiającego** (także **Izbę)** w poglądzie, że wykazana robota spełnia warunek doświadczenia.

Wobec tak przedstawionych dowodów i argumentacji **zamawiającego Izba** nie może przychylić się do zarzutu **drugiego** naruszenia **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.**

W ocenie **Izby,** zarzut **trzeci** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez uchybienie zasadom równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji stwierdzenia ww. naruszeń **ustawy** – nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż **odwołujący Doraco** nie wykazał w odwołaniu naruszenia przez **zamawiającego** tego przepisu i **odwołujący Doraco** nie wykazał w ogóle jakiegokolwiek czynności **zamawiającego,** w której **zamawiający** uchybiłby zasadzie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania **wykonawców** ustanowionej w

---

art. 7 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

W ocenie **Izby,** zarzut **czwarty** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z dopuszczeniem do dalszego etapu postępowania (zaproszenie do składania ofert) ofert wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że jak wynika z omówienia pierwszych dwóch zarzutów **odwołującego Doraco zamawiający** nie naruszył żadnego przepisu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. **Zamawiający** zasadnie zaprosił **wykonawców** do składania ofert. **Izba** nawet musi stwierdzić, że **zamawiający** nie mógł dokonać innego wyboru **wykonawców,** aby zaprosić do składania ofert. Kwestionowani **wykonawcy** właściwie wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto **odwołujący Doraco** nie wykazał, że **zamawiający** naruszył przytoczoną w zarzucie czwartym zasadę **art. 7 ust. 1 Pzp.**

W związku z powyższym w ocenie **Izby,** zarzut **czwarty** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……