

WYROK

z dnia 19 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: J. Tomkowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 8 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018

roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w

składzie: (1) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chelmie Śląskim; (2) J. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J. T. z siedzibą w Imielinie; (3) A. N.-B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A. N.-B. z siedzibą w Namysłowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Sosnowieckie Wodociągi S.A. z siedzibą w Sosnowcu, w imieniu i na rzecz której działa Gmina Sosnowiec z siedzibą

w Sosnowcu

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chelmie Śląskim; (2) J. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J. T. z siedzibą w Imielinie; (3) A. N.-B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A. N.-B. z siedzibą w Namysłowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł

(słownie: dwudziestu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3. zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) M. T. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chelmie Śląskim; (2) J. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J. T. z siedzibą w Imielinie; (3) A. N.-B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BOR-WIERT A. N.-B. z siedzibą w Namysłowie na rzecz Zamawiającego - Sosnowieckich Wodociągów S.A. z siedzibą w Sosnowcu, w imieniu i na rzecz której działa Gmina Sosnowiec z siedzibą w Sosnowcu kwotę 600,00 zł (słownie: sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Katowicach

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 166/18

UZASADNIENIE

W dniu 29 stycznia 2018 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (D. U. t.j. z 2017r., poz. 1579; dalej jako „Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum w składzie: (1) JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chełmie Śląskim; (2) RafHen J. T. z siedzibą w Imielinie; (3) BOR-WIERT A. N.-B. z siedzibą w Namysłowie (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie pn. <<Kontrakt 2 - Budowa sieci kanalizacji sanitarnej dla Zadania 13 (ul. Broniewskiego, Dworcowa, Ogrodowa, Wagowa) w ramach Projektu „Gospodarka wodno - ściekowa w Sosnowcu - Etap III”>> prowadzi Spółka Sosnowieckie Wodociągi S.A. z siedzibą w Sosnowcu, w imieniu i na rzecz której działa Gmina Sosnowiec (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołanie wniesiono od czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

(i) niezasadnym uznaniu, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

(ii) niezasadnym uznaniu, że Odwołujący, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na temat spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz, że Odwołujący, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

(iii) niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania;

(iv) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

(v) niezasadnym unieważnieniu postępowania.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

(i) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4 Pzp rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako „Rozporządzenie dot. dokumentów”) poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku odnoszącego się do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 5 000 000, 00 zł, gdy tymczasem warunek ten pozostawał spełniony zarówno w momencie składania ofert, jak i na etapie, w którym Zamawiający badał dokumenty złożone w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp;

(ii) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku w odnoszącego się do personelu wykonawcy (Przedstawiciel wykonawcy) oraz posiadanego doświadczenia, gdy Odwołujący spełniał i spełnia postawione przez Zamawiającego warunki;

(iii) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez błędne uznanie, że zmaterializowały się przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego, gdy przedstawione Zamawiającemu informacje były prawdziwe, a działania podejmowane przez Odwołującego (w tym przedstawienie na etapie wyjaśnień nowej osoby na stanowisko Przedstawiciel wykonawcy) pozostawały w zgodzie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego;

(iv) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez niesłuszne uznanie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na temat posiadanego doświadczenia zdobytego w ramach zadania „Przebudowa DW 783 Olkusz - Wolbrom”, gdy informacja ta pozostaje prawdziwa;

(v) art. 7 ust. 1 Pzp (w związku z powyższymi naruszeniami) poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, Odwołujący wnosił o:

- (i) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - (a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
 - (b) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
 - (c) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego oraz uznania, że warunki te zostały spełnione;
 - (d) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w Pzp oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów określonych w SIWZ. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i jego unieważnieniu przekazane zostało Odwołującemu dnia 19 stycznia 2018 r., co oznacza, że odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie. Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości oraz dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 22 lipca 2017 r., pod numerem 2017/S 139-286222. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty:

- (a) PRUiM - na kwotę 3.754.061,60 zł brutto;
- (b) Odwołującego - na kwotę 7.297.997,75 zł brutto;
- (c) TKS Sp. z o.o. - na kwotę 3.999.211,07 zł brutto.

Kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 10.349.530,81 zł.

Dnia 3 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał tę złożoną przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach. Oferta TKS Sp. z o.o. została odrzucona. Jak wynika z protokołu postępowania przyczyną było nieudzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Decyzja Zamawiającego zakwestionowana została przez Odwołującego, który pismem z dnia 13 października 2017 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, kwestionując w szczególności dokonaną przez Zamawiającego czynność wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., pomimo że powinna ona zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Dnia 23 października 2017 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. W konsekwencji, w trakcie posiedzenia przed Izbą Odwołujący wycofał odwołanie, co doprowadziło do wydania przez Izbę postanowienia z dnia 25 października 2017 r. o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. KIO 2149/17).

Na skutek powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający ponownie uznał ofertę Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. za najkorzystniejszą, o czym poinformował pismem z dnia 6 listopada 2017 roku. Również ta czynność została zakwestionowana przez Odwołującego poprzez wniesienia odwołania. Wyrokiem z dnia 14 grudnia 2017 r. (sygn. KIO 2411/17) Izba uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz powtórzenie

czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dniu 8 grudnia 2017 roku. Komplet dokumentów przedłożony został Zamawiającemu dnia 19 grudnia 2017 roku. Pismem z dnia 3 stycznia 2018 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp:

- a) wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału VII pkt 4.2.1 - 4.2.3 SIWZ,
- b) dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną w warunku z Rozdziału VII pkt 3 SIWZ

8 stycznia 2018 r. Odwołujący ustosunkował się do treści wezwania, przedstawiając wyjaśnienia oraz załączone do nich: wykaz osób oraz dokumenty potwierdzające, że na dzień składania ofert wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 6 000 000,00 zł.

Pismem z dnia 19 stycznia Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania, jako podstawę prawną wskazując art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału finansowego (ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej) i osobowego (Przedstawiciel wykonawcy). Ponadto Zamawiający stwierdził, że, wbrew stanowisku Odwołującego, nie brał on udziału w realizacji zadania pn. „Przebudowa DW 783 Olkusz - Wolbrom”. Tego samego dnia Zamawiający, działając w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, stwierdzając, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, unieważnił postępowanie.

ZARZUT DOTYCZĄCY SYTUACJI FINANSOWEJ (UBEZPIECZENIE)

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zasługuje na wykluczenie z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku polegającego na posiadaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejszą niż 5.000 000.00 zł.

W formularzu JEDZ składanym wraz z ofertą Odwołujący oświadczył, iż posiada ubezpieczenie w wymaganej wysokości. Wątpliwości Zamawiającego powstały w związku analizą dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Wśród złożonych dokumentów znalazła się bowiem polisa z dnia 11 lipca 2017 r., wystawiona przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Katowicach na sumę gwarancyjną wynoszącą 2.000.000,00 zł. Do polisy załączony został dokument Aneks nr 3 z dnia 13 grudnia 2017 r. informujący o podwyższeniu sumy gwarancyjnej do wysokości 4.000.000,00 zł. Zdaniem Zamawiającego dowodzi to, iż w dniu, w którym upływał termin składania ofert Odwołujący nie posiadał ubezpieczenia w wymaganej wysokości.

Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Odwołujący wykazał w toku postępowania, iż w momencie składania ofert spełniał warunek w stopniu przekraczającym próg określony przez Zamawiającego (posiadał bowiem polisy na łączną sumę 6.000.000,00 zł). Już w momencie składania oferty członek konsorcjum - JUSTMAR M. T. - posiadał ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z

przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną wynoszącą 4.000 000.00 zł. Oprócz bowiem polisy opiewającej na 2.000.000,00 zł, w której posiadaniu jest Zamawiający, posiadał inne

ubezpieczenia. Łączna suma gwarancyjna posiadanych przez JUSTMAR M. T. ubezpieczeń na dzień 30 sierpnia 2017 r. wynosiła 4.000.000,00 zł. Nie jest więc prawdą, iż taki poziom finansowy osiągnięty został dopiero w drodze wystawienia dokumentu pn. Aneks nr 3 z dnia 13 grudnia 2017 roku. Przedłożenie tego dokumentu miało na celu jedynie wykazanie, że również w momencie składania uzupełnień Odwołujący chroniony jest wymaganą przez Zamawiającego sumą gwarancyjną i jako taki ma irrelewantne znaczenie z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Kluczowe znaczenie w tym kontekście zdaniem Odwołującego przypisać należy oświadczeniu, jakie złożone zostało przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, które jednoznacznie potwierdza deklarowany przez Odwołującego poziom ubezpieczenia, co najwyraźniej umknęło Zamawiającemu.

W obecnym stanie prawnym zamawiający, stawiając warunek, o którym mowa w art.

22c ust. 1 lit. c Pzp (posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej), może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (§ 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia dot. dokumentów).

Obecnie obowiązujące przepisy nie tylko nie dają zamawiającym prawa domagania się od wykonawców przedłożenia polisy (to do wykonawcy należy wybór jaki dokument przedłożyć w celu wykazania spełnienia warunku), ale i nie upoważniają ich do żądania, aby dokument ów był opłacony. Stanowczego podkreślenia wymaga jednak, że nie oznacza to, iż wymóg dysponowania ubezpieczeniem sprowadzić można do działania czysto pozornego. Brzmienie Rozporządzenia dot. dokumentów nie wpływa bowiem na aktualność kluczowej tezy - wykonawca musi posiadać ubezpieczenie w momencie składania ofert.

W obecnym stanie prawnym zwiększone zostały uprawnienia wykonawców odnoszące się do sposobu dokumentowania faktu posiadania ubezpieczenia. Otwarty charakter katalogu dokumentów, które złożyć mogą wykonawcy wykazujący spełnienie warunku finansowego potwierdza orzecznictwo Izby. np. wyrok o sygn. KIO 1795/15.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 stycznia 2018 r. Odwołujący złożył oświadczenie podpisane przez pośrednika ubezpieczeniowego, z którego jednoznacznie wynikało, że podmiot JUSTMAR M. T. objęty był ochroną ubezpieczeniową na sumę gwarancyjną wynoszącą 4.000.000,00 zł już w momencie składania ofert. Co istotne - na etapie oceny wyjaśnień Zamawiający skontaktował się telefonicznie z InterRisk

Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w celu zweryfikowania prawdziwości tej okoliczności. Z informacji, które uzyskał Odwołujący wynika, że fakt ten został jednoznacznie potwierdzony przez ubezpieczyciela.

Jak wynika z powyższego, dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego Zamawiający dysponował dokumentem potwierdzającym posiadanie przez Odwołującego ubezpieczenia w wymaganej wysokości. Co więcej fakt ten potwierdził u źródła. Mimo to zdecydował się jednak stwierdzić, że warunek finansowy nie został przez Odwołującego spełniony. Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec otwartego katalogu dokumentów na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia nie sposób uznać, że dokumentem takim nie może być oświadczenie wydane przez upoważnione do tego podmioty.

Odwołujący jednocześnie podkreślił, że analogiczna sytuacja wystąpiła w przypadku polisy drugiego z konsorcjantów - RAFHEN J. T.. Podmiot ten dysponował w momencie składania ofert polisą na sumę gwarancyjną w wysokości 1.000.000,00 zł. Również w odniesieniu do tej polisy, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego, Odwołujący przedłożył stosowne oświadczenie pośrednika ubezpieczeniowego.

Na uwagę zasługuje jednak, że okoliczności związane z polisą dotyczącą podmiotu RAFHEN J. T. pozostają bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Poza omawianymi dwiema polisami Odwołujący przedłożył na żądanie Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2017 r. polisę wystawioną na trzeciego z konsorcjantów - BOR-WIERT A. N.-B. Dokument ten, opiewający na sumę gwarancyjną w wysokości 1.000.000,00 zł, nie był kwestionowany przez Zamawiającego.

ZARZUT DOTYCZĄCY PERSONELU (PRZEDSTAWICIEL WYKONAWCY)

W piśmie z dnia 3 stycznia 2018 r. Zamawiający stwierdził ponadto, że na podstawie złożonego przez Odwołującego Wykazu osób nie sposób uznać czy spełniony został warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 4.2 SIWZ (personel wykonawcy). Na wstępie Odwołujący podkreślił, że treść wezwania jest w tym zakresie niejasna. W odniesieniu do Przedstawiciela wykonawcy Zamawiający stwierdza, że Odwołujący wskazał w Wykazie trzy osoby (pomimo że wymaganie dotyczyło jednej). Zamawiający sformułował wątpliwości względem jednej z nich (p. M. T.), w żaden sposób nie odnosząc się do pozostałych. Dodatkowo zauważył, że na stanowisko Kierownika robót drogowych wskazano dwie osoby, w tym jedną, która została dodatkowo wymieniona jako Kierownik budowy (p. D. W.). Na uwagę zasługuje, że Zamawiający wyraził zgodę (Rozdział VII pkt 4.2 SIWZ) na łączenie przez tę samą osobę funkcji Kierownika budowy i Kierownika robót drogowych.

Nawet w przypadku uznania, że wątpliwości Zamawiającego wobec p. T. są słuszne (z czym jednak Odwołujący się nie zgadza), dokonanie pozytywnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pominięciem jego osoby wydaje się być zadaniem stosunkowo łatwym. Do każdej z funkcji przypisana została bowiem co najmniej jedna osoba, względem której Zamawiający nie sformułował żadnych wątpliwości (i to nawet przy

założeniu, że stanowiska Kierownika budowy i Kierownika robót drogowych obsadzone zostaną przez różne osoby). Tym samym konstatacja Zamawiającego, iż Wykaz nie pozwala na jednoznaczną ocenę spełnienia wymogów z Rozdziału VII pkt. 4.2.1-4.2.3 jest niezrozumiała.

Niemniej jednak, Odwołujący zastosował się do wezwania i ponownie złożył Wykaz osób, w którym wskazał po jednej osobie przypisaną do określonego stanowiska. Jako Przedstawiciel wykonawcy wskazany został p. T. C., pracownik Odwołującego, który nie został wskazany w Wykazie złożonym w grudniu 2017 roku. W piśmie z dnia 19 stycznia 2018 r., uzasadniającym wykluczenie Odwołującego z postępowania, Zamawiający nie zakwestionował spełniania przez zaproponowane osoby postawionych w SIWZ wymogów. Stwierdził jedynie, że Odwołujący nie był uprawniony do wskazania na stanowisko Przedstawiciela wykonawcy osoby, która nie widniała w Wykazie pierwotnie. Okoliczność ta, zdaniem Zamawiającego, stanowić ma podstawę do uznania, że warunek nie został spełniony, co rzekomo potwierdzać ma „obowiązująca linia orzecznicza”, w tym wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako „TSUE”) z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt.

Ze stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza. Wykonawcy mieli i mają możliwość zamiany doświadczenia / personelu / zasobów technicznych na etapie składania wyjaśnień, a wyrok w sprawie Esaprojekt wprowadził w tym zakresie jedno tylko, niemające znaczenia dla okoliczności niniejszej sprawy, ograniczenie. W sprawie Esaprojekt doszło bowiem na etapie składania wyjaśnień do wprowadzenia przez wykonawcę doświadczenia podmiotu trzeciego (tj. podmiotu, o którym mowa w art. 22a Pzp). Wykonawca w tamtym przypadku nie korzystał pierwotnie z potencjału takiego podmiotu; na etapie składania ofert twierdził, że spełnia wszystkie warunki samodzielnie. Zdaniem TSUE sytuacja taka pozwala uznać, że wykonawca istotnie ingerował w brzmienie pierwotnej oferty i działanie takie nie może zostać zaakceptowane. W przypadku oferty złożonej przez Odwołującego sytuacja jest jednak diametralnie inna - Odwołujący składając ofertę, przedstawiając na późniejszym etapie dokumenty (art. 26 ust. 1 Pzp), ani uzupełniając je na żądanie Zamawiającego (art. 26 ust. 3 Pzp) nie posługiwał się potencjałem podmiotu trzeciego. Kluczowa więc przesłanka występująca w wyroku w sprawie Esaprojekt, jaką było wprowadzenie do oferty podmiotu trzeciego, nie zmaterializowała się w sprawie.

Zastosowanie tez płynących z wyroku w sprawie Esaprojekt do jedynie takiego (wprowadzenie podmiotu trzeciego) stanu faktycznego znalazło potwierdzenie w stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „Podsumowując tę część rozważań Trybunału, należy podkreślić, że z orzeczenia w sprawie Esaprojekt wynika, że wykonawca, który w celu potwierdzenia spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, w sytuacji ustalenia, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku nie będzie uprawniony do uzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów podmiotów trzecich i tym samym powoływania się na zdolności podmiotów trzecich. Wyrok w tej sprawie nie oznacza jednak, że niedopuszczalne będą jakiegokolwiek zmiany w dokumentach i oświadczeniach. Wniosków płynących ze stanowiska Trybunału nie należy rozszerzać na zasadzie analogii na inne stany faktyczne i prawne związane z udziałem podmiotu trzeciego w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu lub z samodzielnym spełnianiem tych warunków przez wykonawcę. Chociaż nie było to przedmiotem rozważań Trybunału w tej sprawie, możliwość uzupełnienia, na przykładzie warunku doświadczenia, wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje przez wykonawcę, który w chwili składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach, zdaje się dopuszczać rzecznik generalny Bobek w swojej opinii (zob. pkt 34 cyt. opinii). Podobnie skutków odpowiedzi Trybunału na pytania prejudycjalne skierowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie nie można rozszerzać na pozostałe przypadki uzupełniania i wyjaśniania dokumentów składanych przez wykonawców celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ewentualne stwierdzenie, że na gruncie dyrektywy 2004/18/W/E nie było możliwe uzupełnianie dokumentów niekompletnych czy składanie brakujących dokumentów, również nie znajduje uzasadnienia w omawianym wyroku Trybunału. Skutki tego wyroku ograniczają się jedynie do przypadków, gdy wykonawca, który w chwili składania ofert pierwotnie opiera się jedynie na własnych zdolnościach, w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powołuje się na zdolności podmiotów trzecich”.

Co więcej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, za dopuszczalnością uzupełniania zasobów na etapie składanych wyjaśnień przemawia orzecznictwo Izby, np. wyrok z dnia 16 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1581/17); wyrok z dnia 28 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1163/17); wyrok z dnia 21 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2336/17), czy wyrok z dnia 31 sierpnia 2017 roku (sygn. akt KIO 1661/17).

Zupełnie na marginesie Odwołujący stwierdził, że prezentowana przez

Zamawiającego koncepcja, zgodnie z którą nie są dopuszczalne żadne uzupełnienia w zakresie informacji pierwotnie podanych sprzeczna jest również z samym brzmieniem Pzp. Od czerwca 2016 r. obowiązuje bowiem przepis art. 22a ust. 6 Pzp, który uprawnia wykonawcę korzystającego z potencjału podmiotu trzeciego na etapie składania ofert do zastąpienia tego podmiotu innym lub zobowiązania się do osobistego wykonania danej części zamówienia, w przypadku w którym zamawiający uzna, że potencjał podmiotu trzeciego nie pozwala na uznanie warunku za spełniony. Skoro tego typu zmian dokonać może wykonawca, który korzystał z potencjału podmiotu trzeciego, to odmówienie wykonawcy, który deklarował samodzielne spełnianie warunków prawa do posłużenia się innym własnym doświadczeniem jawi się jako działanie świadczące o nierównym traktowaniu wykonawców. Tym samym stanowisko Zamawiającego jest błędne i nie powinno zyskać aprobaty Izby.

ZARZUT DOTYCZĄCY DOŚWIADCZENIA (UDZIAŁ W REALIZACJI PRAC)

Jako ostatnią z podstaw uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał rzekome wprowadzenie go w błąd poprzez przedstawienie w Wykazie robót złożonym w dniu 19 grudnia 2017 r. wykonania przez JUSTMAR M. T. budowy/ przebudowy metodą wykopu otwartego sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej o średnicy 200-400 mm i długości 1109 m w ramach zadania „Przebudowa DW 783 Olkusz - Wolbrom”.

Zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie i uzyskał informację, że Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne PROTE M. K. (a więc wystawca referencji dla JUSTMAR M. T.) było podwykonawcą wykonawcy EUROVIA Polska S.A., natomiast statusu tego nie posiadał JUSTMAR M. T..

Stanowisko Zamawiającego jest błędne. Odwołujący podkreślił, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli wykazać się realizacją:

- a) jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie metodą wykopu otwartego sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej o średnicy min. 200 mm i długości min. 1 000 m;
- b) jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie metodą bezwykopową sieci kanalizacyjnej grawitacyjnej o średnicy min. 400 mm i długości min. 100 m.

Zamawiający nie postawił w SIWZ wymogu odnośnie statusu wykonawcy realizującego referencyjne prace budowlane. Oznacza to, że wykonawca mógł mieć status np. wykonawcy, podwykonawcy, dalszego podwykonawcy etc.; istotne jest, aby zdobył stosowne doświadczenie.

Tymczasem, jak wynika z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów, JUSTMAR M. T. realizował prace, o których mowa w lit. b) wymogu w ramach inwestycji pn. „Przebudowa DW 783 Olkusz - Wolbrom”, bezpośrednio na rzecz podmiotu Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne PROTE M. K.. Podmiot ten poświadczył ów fakt wystawiając na rzecz JUSTMAR M. T. stosowne referencje. Co istotne Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował tych referencji.

Zamawiający zwrócił się do podmiotu prowadzącego inwestycję „Przebudowa DW 783 Olkusz - Wolbrom” i uzyskał informację o niezgłoszeniu do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie JUSTMAR M. T. jako dalszego podwykonawcy. Za niezrozumiałe uznać należy twierdzenie, iż okoliczność ta może skutkować uznaniem, iż JUSTMAR M. T. nie realizował przedmiotowego zadania, a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd. Ustalenia Zamawiającego sprowadzają się bowiem co najwyżej do udzielenia odpowiedzi na pytanie o wywiązanie się przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne PROTE M. K. ze swoich obowiązków względem Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie. Okoliczność ta pozostaje jednak bez związku z faktyczną realizacją przez JUSTMAR M. T. wskazanych w Wykazie robót prac.

Odwołujący podkreślił, iż obowiązek przedłożenia zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą/ dalszym podwykonawcą obciąża wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamierzającego taką umowę zawrzeć (art. 143b ust. 1 Pzp). Ustawowe konsekwencje niewywiązania się z tego obowiązku skutkują brakiem podstaw prawnych do żądania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy/ dalszego podwykonawcy (art. 143c ust. 1 Pzp). W żaden sposób nie wpływa to natomiast na ważność takiej umowy.

Jeśli Zamawiający kwestionuje udział JUSTMAR M. T. w realizacji inwestycji pn. „Przebudowa DW 783 Olkusz - Wolbrom”, to powinien wykazać, iż prace te nie były wykonywane przez ten podmiot. Tymczasem Zamawiający dowodzi jedynie niesprostania przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne PROTE M. K. obowiązkowi kształtującym odpowiedzialność finansową Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie wobec dalszych

podwykonawców, względnie niewywiązania się Przedsiębiorstwa Budowlano-Inżynierskiego PROTE M. K. z postanowień umownych (o ile umowa nakładała dodatkowe obowiązki w tym zakresie).

Na dowód faktycznego zaangażowania JUSTMAR M. T. w realizację omawianego zamówienia Odwołujący załączył do odwołania protokół końcowy odbioru robót z dnia 10 grudnia 2013 roku.

WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIE NA PODSTAWIE ART. 24 UST. 1 PKT 16 I 17

Pzp

Wobec powyższej argumentacji zdaniem Odwołującego nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż przekazane informacje na temat posiadanej polisy, personelu czy doświadczenia mogą być uznane za nieprawdziwe i jako takie rodzić konieczność wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Informacje te nie mają charakteru nieprawdziwych, nie jest więc możliwe uznanie, iż wprowadzają Zamawiającego w błąd.

Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanych przepisach jest wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/ zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/ zdarzeniu. Koniecznym warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby zapadłym na gruncie aktualnie brzmiących przepisów, np. wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 576/17. A contrario, z wprowadzeniem w błąd nie będziemy więc nigdy mieli do czynienia, jeśli informacja podana przez wykonawcę jest prawdziwa (nawet jeśli nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego). Skoro bowiem wykonawca przedstawia zamawiającemu informację niezniekształconą i odpowiadającą rzeczywistości, to nie można mówić o zaistnieniu stanu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Oczywiście jest przy tym, że taka informacja może podlegać ocenie pod kątem wymogów nakreślonych przez zamawiającego, nie sposób uznać jednak, że stanowi podstawę do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Powyższe jednoznacznie w ocenie Odwołującego dowodzi braku podstaw do stosowania względem Odwołującego regulacji, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Wszystkie informacje przekazane Zamawiającemu w toku postępowania były prawdziwe (niezależnie od powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości w ich zakresie) i jako takie nie mogą być uznane za wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Z powyższych względów odwołanie zdaniem Odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego oferta jako jedyna podlegała ocenie w postępowaniu), możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił obszerną argumentację faktyczną i prawną przemawiającą za oddaleniem odwołania w całości.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że:

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz treść oferty i złożonych dokumentów oraz wyjaśnień w postępowaniu, istotną dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

W dniu 8 grudnia 2017 roku w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odpowiadających informacjom podanym przez Odwołującego w JEDZ złożonym wraz z ofertą.

Odwołujący złożył Wykaz wykonanych robót budowlanych zawierający 3 pozycje, w tym robotę pn. Przebudowa DW 783 Olkusz-Wolbrom. Do wykazu załączono referencje mające potwierdzać należyte wykonanie robót. W przypadku pozycji nr 2 wystawcą referencji była firma PBI Prote M. K.. Odwołujący złożył również Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W Wykazie na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy przewidziano 3 osoby (p. M. T., p. D. W., p. M. P.), jako Kierownika budowy wskazano p. D. W., a na kierownika robót drogowych panów: D. C. i D. W. Kolejnymi dokumentami były: polisa nr K 35000716 wystawiona dla Justmar M. T. za okres 12/07/2017-11/07/2018 na sumę gwarancyjną 2 000 000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia. Do tego dokumentu dołączono Aneks nr 3 z 13/12/2017 do polisy podwyższający sumę gwarancyjną na jeden i wszystkie wypadki w zakresie podstawowym do wysokości 4 000 000,00 zł. Potwierdzenie przelewu wskazywało, że składkę od aneksu zapłacono w dniu 14/12/2017. Konsorcjum załączyło również polisę BPP-A/P nr 0061006 zawartą w dniu 05/10/2017 na rzecz RafHen J. T. na sumę gwarancyjną 1 000 000,00 zł. Z dokumentów wynikało, że składka została opłacona w dniu 26/10/2017. Kolejną polisą była polisa nr 908552549130 obejmująca okres ubezpieczenia 11/03/2017 do 10/03/2018 zawarta na rzecz BOR-WIERT z sumą gwarancyjną w wysokości 1 000 000,00 zł.

Po analizie otrzymanych dokumentów Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu

3/01/2018, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów w następującym zakresie:

- 1) W wykazie osób wskazano 3 osoby dla funkcji Przedstawiciela wykonawcy. Doświadczenie p. T. nie potwierdza pełnienia na wymienionym zadaniu funkcji o

charakterze kierowniczym. Ponadto w Wykazie wskazano p. D. W. jako kierownika budowy oraz razem z p. C. jako kierownika robót drogowych. Tak złożone oświadczenie nie pozwala Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę czy osoby w nim wskazane spełniają wymogi SIWZ.

- 2) W JEDZ p. T.ego potwierdzono, że spełnia on kryteria kwalifikacji w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz jest ubezpieczony na kwotę 4 000 000,00 zł. W przypadku firm RAFHEN oraz BOR-WIERT potwierdzono posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności OC w wysokości po 1 000 000,00 zł. Natomiast złożone na potwierdzenie spełniania warunku polisy potwierdzają jedynie w przypadku BOR-WIERT, że jest ona zgodna z oświadczeniem złożonym w JEDZ. Polisa dla JUSTMAR nie potwierdza oświadczenia z JEDZ, ponieważ suma gwarancyjna ej polisy opiewa na kwotę 2 000 000,00 zł, podczas gdy w JEDZ złożono oświadczenie, że suma wynosi 4 000 000,00 zł. Dopiero Aneks nr 3 z dnia 13/12/2017 potwierdza podwyższenie sumy gwarancyjnej do wymaganej wysokości. Również polisa dla RAFHEN nie potwierdza, że w dniu 30/08/2017 (czyli złożenia oświadczenia w JEDZ) suma gwarancyjna wynosiła 1 000 000,00 zł. Złożone dokumenty potwierdzają posiadanie w dniu składania ofert ubezpieczenie OC na sumę 3 000 000,00 zł.

Wobec takiego stanu faktycznie Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia

Wykazu osób, potwierdzającego w sposób jednoznaczny spełnianie warunku posiadania potencjału osobowego, w szczególności poprzez jednoznaczne wskazaniem osoby pełniącej funkcję Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika budowy, Kierownika robót drogowych wraz z precyzyjnym określeniem doświadczenia tych osób. Wykonawca miał przedstawić także dokumenty potwierdzające na dzień składania ofert i zgodne ze złożonymi w JEDZ oświadczeniami, że był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na określonej w SIWZ

sumę gwarancyjną.

W dniu 9 stycznia 2018 roku Odwołujący złożył Wykaz osób, z którego wynikało, że dla pełnienia funkcji Przedstawiciela wykonawcy przewidziano p. T. C., na Kierownika budowy p. D. W., a na funkcję kierownika robót D. C. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że dokumenty potwierdzające na dzień składania ofert, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC zostały już załączone do poprzedniego wezwania. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że dokumenty te potwierdzają spełnianie warunku udziału zgodnie z rozdziałem XI pkt 8 SIWZ i są aktualne na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył także Dokument potwierdzający objęcie ochroną ubezpieczeniową z dnia 8/01/2018 w zakresie polisy JUSTMAR objęcia ochroną ubezpieczeniową od dnia 12/07/2017 do dnia 13/12/2017 na kwotę 4 000 000,00 zł podpisany przez przedstawiciela Ubezpieczyciela oraz Dokument potwierdzający objęcie ochroną ubezpieczeniową z dnia 8/01/2018 w zakresie polisy RAFHEN objęcia ochroną ubezpieczeniową od dnia 30/08/2017 do dnia 05/10/2017 na kwotę 1 000 000,00 zł podpisany przez przedstawiciela Ubezpieczyciela.

Zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie o przekazanie informacji na temat realizacji zadania Przebudowa DW 783 Olkusz-Wolbrom. ZDW w Krakowie wyjaśnił, że generalnym wykonawcą przedmiotowej inwestycji była firma EUROVIA Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Jednocześnie zauważono, że firma PBI PROTE M. K. uczestniczyła w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, gdzie ZDW zaakceptował umowę podwykonawcą dla tego podmiotu. Przedmiotem umowy było wykonanie robót budowlanych w zakresie robót ziemnych, robót brukarskich, podbudowy pod chodniki, umocnień, zieleni i robót rozbiórkowych. Roboty te zostały wykonane i odebrane. ZDW nie posiadał natomiast wiedzy, czy i w jakim zakresie i charakterze w realizacji zadania uczestniczyła firma JUSTMAR. Podmiot taki nie został zgłoszony ani przez Wykonawcę, ani przez żadnego z Podwykonawców jako Podwykonawca dalszy. Zamawiający nie stwierdził również, aby taki podmiot pojawił się w dokumentach rozliczeniowych, w tym rozliczeń podwykonawców. Zamawiający ZDW nie posiadał wiedzy, czy podmiot ten faktycznie zrealizował roboty wskazane w referencjach.

Zamawiający zwrócił się więc do Generalnego Wykonawcy na zadaniu referencyjnym, firmy Eurovia. Firma stwierdziła, że w treści umowy z każdym podwykonawcą zawierane są stosowane zapisy, które regulują procedurę zgłaszania i akceptacji Dalszych Podwykonawców. Eurovia potwierdziła, że PBI PROTE była jej podwykonawcą na zadaniu referencyjnym. Podwykonawca zobowiązany był zgłaszać do akceptacji i zatwierdzenia dalszych podwykonawców. PBI PROTE w zakresie, w jakim wykonywało prace, nie skorzystało z tego trybu, nie zgłaszając udziału dalszego podwykonawcy. Podwykonawca ten w żaden inny sposób nie zakomunikował także udziału dalszego podwykonawcy w realizacji zadania. Mając ten stan na uwadze, EUROVIA nie potwierdziła udziału JUSTMAR w realizacji zamówienia referencyjnego wymienionego w ofercie Konsorcjum.

W dniu 19 stycznia 2018 roku Zamawiający zawiadomił o wynikach postępowania, w tym wskazał wykonawców, którzy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu. Jako podstawę prawną podał art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu z zakresie posiadania ubezpieczenia OC w wysokości 5 000 000,00 zł. Złożone przez Konsorcjum oświadczenie z 8/01/2018 nie potwierdzało, że na dzień składania ofert Odwołujący spełniał warunku udziału w postępowaniu. Konsorcjum składając stosowne oświadczenia w JEDZ wprowadziło Zamawiającego w błąd. Zamawiający przeanalizował także OWU towarzystwa, które wystawiło polisę, uznając, że dopiero w dniu 14/12/2017 obowiązywała podwyższona suma gwarancyjna. W przypadku RAFHEN uznano, że oświadczenie z dnia 8/01/2018 nie może stanowić podstawy do potwierdzenia posiadania ubezpieczenia OC w wysokości 1 000 000,00 zł. Zgodnie z OWU ubezpieczyciel potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia dokumentem ubezpieczenia. Oświadczenie z 8/01/2018 nie może stanowić dowodu na posiadanie ubezpieczenia na sumę gwarancyjną 1 000 000,00 zł na dzień składania ofert. Te okoliczności i dokumenty wprowadziły Zamawiającego w błąd co do potwierdzenia spełniania warunku udziału. Zamawiający przyznał, że w wezwaniu do złożenia dokumentów zawarł pouczenie, że składane dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków i brak podstaw do wykluczenia i być aktualne na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Złożone polisy winny być aktualne na dzień 30/08/2017, kiedy upłynął termin składania ofert oraz na dzień 19/12/2017 kiedy składano dokumenty potwierdzające informacje z JEDZ. Zawarcie aneksu do polisy w dniu 13/12/2017 oraz polisy w dniu 5/10/2017 nie może być uznane jako potwierdzenie stanu istniejącego w dniu składania ofert.

W ramach podstawy do wykluczenia wykonawcy Zamawiający wskazał także na niedoskonałości Wykazu osób, gdzie Konsorcjum na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazało nową osobę na stanowisko Przedstawiciela wykonawcy. Natomiast w wezwaniu Zamawiający żądał jednoznacznego wskazania osoby jako Przedstawiciela

wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum uprawnione było do wskazania jednej z wymienionych w pierwotnym wykazie osób do tej funkcji. W wyniku uzupełnienia nastąpiła całkowita zmiana osoby. Zamawiający powołał się na ostateczne orzecznictwo TSUE w sprawie C-387/14, gdzie dopuszczane jest uzupełnienie w zakresie informacji pierwotnie podanych. Tym samym Wykaz osób Konsorcjum nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu i wykonawcy podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ponadto, Zamawiający zauważył, że w Wykazie robót zamieszczona praca referencyjna, której przebieg Zamawiający zweryfikował u Generalnego Wykonawcy i Zamawiającego - ZDW w Krakowie nie potwierdziła, że JUSTMAR brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższymi informacjami Wykazu wprowadziły Zamawiającego w błąd, co stanowiło podstawę do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że choć potwierdziła się część zarzutów wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, to ostatecznie odwołanie musiało zostać oddalone.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 5 mln zł.

Strony zgodne były, iż obecnie w postępowaniu Zamawiający nie może wymagać wprost złożenia dokumentu polisy i dowodu jej opłacenia. Zauważyć należy, iż Zamawiający takiego wymagania nie postawił. Warunek udziału odnosił się do dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia OC na określoną sumę gwarancyjną. Niewątpliwie jednak dokument, który należało złożyć potwierdzać miał spełnianie tego warunku na dzień składania ofert, zgodnie z oświadczeniem złożonym w JEDZ. W dokumencie tym JUSTMAR wskazał, że posiada ubezpieczenie OC na kwotę 4 000 000 zł. Złożona polisa wskazywała natomiast na kwotę 2 000 000 zł. Dopiero Aneks nr 3 z 13/12/2017 do polisy podwyższający sumę gwarancyjną na jeden i wszystkie wypadki w zakresie podstawowym do wysokości 4 000 000,00 zł. Sam Aneks nie wskazywał, że ubezpieczenie obejmowało okres od zawarcia pierwotnej umowy ubezpieczenia. Dopiero oświadczenie agenta ubezpieczeniowego z dnia 8/01/2018 złożone na wezwanie w trybie 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazywało na moc wsteczną polisy.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie w pełni podziela i przyjmuje za swoje stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 707/17 co do zasad „aktualności” dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w odniesieniu do oświadczeń wykonawcy wynikających z JEDZ. W wyroku stwierdzono, że: <<(…) Także w aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunków przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, do którego odwołuje się wskazany art. 26 ust. 3, dokument JEDZ jest oświadczeniem wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe oświadczenie dotyczy stanu rzeczywistego z dnia składania ofert, albowiem przepis ten jednoznacznie stanowi o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym hipotetycznym spełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki. Nie można zatem przepisu art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i „aktualności” wymaganych dokumentów interpretować w oderwaniu od złożonego oświadczenia. Wprowadzenie rozwiązania, opierającego się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w JEDZ, bez wątpienia miało na celu odformalizowanie postępowania i zwolnienie wykonawców od kompletowania dokumentów na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia, o które ubiega się wykonawca, jednakże wykonawca wezwany jest zobowiązany potwierdzić stosowne fakty, których dotyczy oświadczenie, wymaganymi

w postępowaniu dokumentami o treści korespondującej z terminem składania ofert. Na powyższe wskazuje także - wbrew interpretacji Odwołującego - powoływany w odwołaniu przez tego wykonawcę wyrok KIO 2249/16. Izba zwraca także uwagę na art. 26 ust.2f ustawy Pzp, zgodnie z którym: „2f. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów”. Izba wskazuje również na art. 59 ust.1 i 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., który odnosi się do prezentowanego stanowiska. W myśl ust.1 tego artykułu: „W chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia którykolwiek z poniższych warunków: a) nie znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni; b) spełnia stosowne kryteria kwalifikacji określone zgodnie z art. 58; c) w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady

i kryteria ustalone zgodnie z art. 65.”, a w myśl ust.4 zdanie 2: „Przed udzieleniem

zamówienia instytucja zamawiająca (...) wymaga, aby oferent, któremu postanowiła udzielić zamówienia, przedłożył aktualne dokumenty potwierdzające zgodnie z art. 60 oraz, w stosownych przypadkach, z art. 62. Instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych zgodnie z art. 60 i 62”. Z powyższego wynika, że termin „aktualne dokumenty” i ich żądanie może odnosić się do okresu ważności danego dokumentu, jak i potwierdzenia ciągłości faktów objętych oświadczeniem złożonym w JEDZ, poczynawszy od daty składania ofert.>>

Izba zgadza się z Zamawiającą, iż złożony dokument - oświadczenie agenta ubezpieczeniowego, nie może być dokumentem potwierdzającym warunek udziału w postępowaniu. Złożony Aneks nr 3 do umowy ubezpieczenia nie potwierdzał ciągłości ubezpieczenia na dzień składania ofert. Złożone oświadczenie nie stanowi „innego dokumentu”, ponieważ musi to być dokument dopuszczony przez samego ubezpieczyciela ubezpieczającego Odwołującego w OWU. Gdyby sam Aneks w jakikolwiek sposób odnosił się do daty składania ofert, a oświadczenie tylko potwierdziłoby ten fakt, Izba uważa, że warunek zostałby potwierdzony. Tymczasem oświadczenie zostało wytworzone w znacznym odstępie czasu od wyznaczonego terminu składania ofert, zaś sam dokument ubezpieczenia i aneks do niego w ogóle nie odnosiły się do możliwości objęcia ubezpieczeniem wcześniejszego okresu. Ustalenia takie winny być wprost zapisane w Aneksie nr 3 z dnia 13/12/2017 r. Złożenie oświadczenia z dnia 8 stycznia 2018 r. przez agenta ubezpieczeniowego, pozwala stwierdzić, że takie ustalenia zostały poczynione dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 3 stycznia 2018 r. Co więcej, twierdzenie, że na dzień składania ofert ubezpieczenie opiewało na sumę wskazaną w oświadczeniu JEDZ w sposób oczywisty jest sprzeczne z konstrukcją Aneksu nr 3 — dopiero ten dokument wprowadza zwiększenie górnego limitu odpowiedzialności ubezpieczyciela. Oznacza to, iż w dniu składania oświadczenia w JEDZ Odwołujący nie mógł potwierdzić, że w tym dniu ubezpieczony jest od odpowiedzialności OC na kwotę 4 000 000 zł, ponieważ dopiero Aneks z dnia 13/12/2017 r. podwyższał do tej kwoty odpowiedzialność ubezpieczyciela. Tym samym składając JEDZ Odwołujący, co najmniej w sposób lekkomyślny wprowadził Zamawiającego w błąd.

Warto także zauważyć, iż w odwołaniu Odwołujący podnosił, że JUSTMAR na dzień składania ofert, tj. 30 sierpnia 2017 r. „posiadał inne ubezpieczenia”. Jednakże, ani w wyniku odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ani na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani także na rozprawie Odwołujący tego faktu nie wykazał i nie udowodnił.

Analogicznie sytuacja przedstawiała się w przypadku polisy ubezpieczeniowej firmy RAFHEN. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 8 grudnia 2017 r. Odwołujący przedłożył dowód ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną wynoszącą 1.000.000,00 PLN w okresie od 05 października 2017 r. do 04 października 2018 r. choć fakt posiadania ubezpieczenia w tej wysokości potwierdził już w oświadczeniu JEDZ w sierpniu 2017 roku. Co więcej w tym przypadku zapłacenie składki za podwyższoną kwotę polisy nastąpiło ze znacznym opóźnieniem więc tym bardziej należy przyjąć założenie, że aneks podwyższający sumę gwarancyjną polisy nie obowiązywał z datą wsteczną od momentu zawarcia.

Odnosząc się do treści złożonych oświadczeń agenta ubezpieczeniowego i możliwości wypełnienia przez te oświadczenia cech „innego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia”, to za Zamawiającym zauważyć należy, że w oświadczeniach

agenta Pani Małgorzaty Śliwy z dnia 8 stycznia 2018 r. nie zostały zawarte istotne elementy dotyczące warunków ubezpieczenia takie, jak wysokość składek, warunki ubezpieczenia, czy też klauzule szczególne. Podobną treść zawierają oświadczenia złożone przez Odwołującego na rozprawie przed Izba. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający oceniając poziom spełniania warunku udziału musi oceniać złożone dokumenty przez możliwość posługiwania się nimi zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia o dokumentach. Wbrew twierdzeniom Odwołującego potwierdzenie posiadania odpowiedniego ubezpieczenia nie może potwierdzać jakiegokolwiek dokument, ale dopiero w przypadku „Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji”. Odwołujący zaś w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazał przyczyn, dla których posługiwał się dokumentem wystawionym przez agenta ubezpieczeniowego w dniu 8 stycznia 2018 r.

Reasumując, Izba stwierdza, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, co do wymaganego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 5.000.000 zł na dzień składania ofert. Uznać także należy, iż takim postępowaniem Odwołujący, co najmniej w sposób nieumyślny, mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd co do poziomu spełniania warunku udziału w postępowaniu. To oznacza więc, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie podlegał uwzględnieniu.

Zamawiający wymagał w postępowaniu przedstawienia osób, które będą wykonywały konkretne czynności w ramach realizowanego zadania. Odwołujący w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ostatecznie wskazał osoby przewidziane do realizacji zamówienia, dokonując w pierwotnym wykazie i oświadczeniu JEDZ zmiany na stanowisku Przedstawiciela Wykonawcy. Zamawiający uznał taką zmianę za niedopuszczalną i wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24. ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W toku przeprowadzonego postępowania odwoławczego Izba potwierdziła
prawidłowość ustaleń i decyzji Zamawiającego w zakresie wyznaczonego warunku udziału.

Po pierwsze zauważyć należy, iż zapisami SIWZ dopuszczalne było łączenie funkcji kierownika budowy i kierownika robót drogowych. Na te stanowiska Odwołujący wskazał w ofercie p. D. W. Tymczasem Odwołujący przedstawił tę samą osobę także w ramach pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy. Takie postępowanie Zamawiający musiał zanegować w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i nie mógł w tym zakresie brać pod uwagę doświadczenia p. D. W. na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy. Nie można również pominąć okoliczności, że doświadczenie osób w ramach funkcji Kierownika budowy było przez Zamawiającego dodatkowo punktowane i osoba p. Wąłaga zdecydowała o przyznaniu Odwołującemu dodatkowych punktów.

Po drugie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, treść wezwania do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie była jednoznaczna. Zamawiający określił, że wymagał przedstawienia na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy jednej osoby. Odwołujący wskazał 3 osoby, przy czym jedna nie mogła być ocenia, ponieważ przewidziano ją także na inne stanowisko. Natomiast opisane doświadczenie p. M. T. na zadaniu referencyjnym nie pozwalało określić, czy pełnił on wymaganą funkcję o charakterze kierowniczym. Ponadto w Wykazie widniała jeszcze jedna osoba, a więc Zamawiający słusznie i prawidłowo nakazał Odwołującemu ostateczne określenie w jaki sposób przedstawiali będą się zasoby osobowe Wykonawcy. Odpowiadając na wezwanie Odwołujący przedstawił zupełnie inną osobę, nie widniejącą w poprzednich wykazach, na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy.

W ocenie Izby Odwołujący winien poruszać się w ramach pierwotnej treści Wykazu osób i przyporządkować przedstawione już osoby do wymaganych funkcji. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający nie zanegował doświadczenia trzeciej z osób na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, dlatego też Odwołujący winien w pierwszej kolejności poruszać się w ramach pierwotnej treści oferty. Odwołujący mógł także przedstawić wyjaśnienia, z których wynikałoby jakiego rodzaju czynności kierownicze na podanym zadaniu referencyjnym wykonywał p. T. Odwołujący nie wybrał żadnej z dróg, wskazując zupełnie nową osobę, pracownika własnego. Abstrahując na chwilę od przywoływanego przez Stronę orzeczenia TSUE C-3847/14 Esaprojekt, jakiego rodzaju katalog zmian dopuszczalny jest w

treści oferty i czy w ogóle jakiegokolwiek zmiany są dozwolone, dopiero wówczas gdyby Zamawiający zanegował doświadczenie wszystkich osób przewidzianych na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, możliwe byłoby przedstawienie nowej osoby. Nawet jeżeli

przyjąć by, za Prezesem Urzędu Zamówień, że niedopuszczalne są zmiany kiedy wykonawca pierwotnie próbuje samodzielnie potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a w wyniku wezwania zamienia niejako takie doświadczenie na doświadczenie przedmiotu trzeciego, zaś w innych przypadkach zmiany są możliwe, to ponownie podkreślić należy, że Zamawiający nie zakwestionował doświadczenia wszystkich osób z Wykazu Odwołującego, a nakazał jedynie przyporządkowanie osób do funkcji, z uwzględnieniem dopuszczalności łączenia określonych funkcji przez jedną osobę. Oznacza to, że w przypadku Wykazu Odwołującego nie zachodziła konieczność wskazywania nowej osoby na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy. Pominięcie więc osoby p. M. P., którego doświadczenia nie kwestionowano, uznać należało za niedopuszczalne.

Konkludując, prawo unijne nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki i tylko wtedy. Trybunał jednoznacznie wskazał, że przepisy unijne stoją na przeszkodzie temu, by po upływie terminu składania ofert, wykonawca przekazał zamawiającemu, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta. Ma to znaczenie o tyle, że zdaniem Izby, Wykonawca może jedynie wyjaśnić i uzupełnić doświadczenia dotyczące osoby wskazanej w wykazie osób, a nie może zastąpić tej osoby osobą nową. Byłaby to bowiem niedozwolona modyfikacja i negocjacja oferty, a nie wyjaśnienie i uzupełnienie niejasnych aspektów.

Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik dla należytej staranności ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i nie wymagał będzie zmian istotnych z punktu oceny treści oferty, która przekłada się na przyszłe zobowiązania umowne. Wykonawca winien tak skonstruować treść ofert, by nie wymagała ona wyjaśnień lub zmian, a co najwyżej wymagała ich w niewielkim zakresie.

W przypadku zarzutu dotyczącego nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do wymaganego doświadczenia zawodowego Izba uznała stanowisko Odwołującego za prawidłowe.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) PZP wykluczeniu podlega wykonawca, który (i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów oraz który (ii) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z zapisów SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał posiadania odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu określonych robót. Odwołujący na potwierdzenie warunku złożył Wykaz robót wraz z referencjami, gdzie jedną z prac były roboty budowlane na inwestycji pn. Przebudowa DW 783 Olkusz-Wolbrom. Odwołujący przedstawił także referencje wystawione przez PBI PROTE M. K., potwierdzające że prace były wykonywane należyście.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący złożonymi dokumentami i wyjaśnieniami wprowadził Zamawiającego w błąd. W ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał i potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego przez Zamawiającego i ustaleń z ZDW w Krakowie oraz Generalnym Wykonawcą wspomnianego zadania wynika jedynie, że nie mogą oni potwierdzić udziału JUSTMAR w realizacji zadania jako Podwykonawcy Dalszego, ponieważ nie otrzymali takich informacji od Podwykonawcy PBI PROTE. Z ustaleń tych nie wynika, że JUSTMAR wskazanych prac nie wykonywał. Wykonanie prac wraz z ich zakresem rzeczowym potwierdziło samo PBI PROTE. Dodatkowo Odwołujący na rozprawie przedstawił faktury wystawione na rzecz zlecającego prace oraz protokół odbioru robót. Okoliczność, że prace wykonywane były w ramach umowy zlecenia ma znaczenie drugorzędne bowiem to nie nazwa umowy determinuje jej charakter. Zarówno Zamawiający ZDW, jak też Generalny Wykonawca Eurovia wskazywali, że nie posiadają

wiedzy na temat udziału JUSTMAR na zadaniu, ponieważ podwykonawstwo dalsze nie zostało im zakomunikowane. Informacja ta nie jest tożsama ze stwierdzeniem niewykonania prac, czy złożeniem przez Odwołującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Odwołujący nie negował także uprawnienia Zamawiającego polegającego na zwróceniu się o udzielenie informacji do podmiotów zewnętrznych, na rzecz których były wykonywane prace, czy do Generalnego Wykonawcy. Niewątpliwie jest to ustawowe uprawnienie Zamawiającego, który w przypadku jakichkolwiek wątpliwości powinien i może z opisanego w Rozporządzeniu o dokumentach trybu skorzystać. Polemiczne były natomiast ustalenia poczynione w ramach uprawnienia Zamawiającego. Z polemiką Odwołującego z ustaleniami Zamawiającego Izba się zgadza. Z otrzymanych informacji wynika jedynie, że fakt podwykonawstwa dalszego nie został zgłoszony, co nie przesądza, że wykonawca prac nie wykonywał. Takie informacje stanowią jedynie dowód na to, że podwykonawstwo dalsze nie zostało zgłoszone, z przyczyn bliżej nieokreślonych, ale postępowanie takie nie obciąża Odwołującego, a podmiot, który do takiego zgłoszenia był zobowiązany. Nie wpływa to natomiast na potwierdzenie jakości wykonanych prac oraz sam fakt ich wykonywania. Warto także zauważyć, że Zamawiający nie zwrócił się do podmiotu, który wystawił referencje, a więc do PBI PROTE o potwierdzenie wykonywania prac na rzecz tego podmiotu. I jaki charakter stosunków prawnych łączył oba podmioty

Reasumując, twierdzenia Zamawiającego o wprowadzeniu w błąd w zakresie prac przedstawionych w wykazie w pozycji nr 2 na potwierdzenie wymaganego przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia nie zostały poparte jednoznacznymi i niezbitymi dowodami. Z tych powodów Izba uznała, iż Zamawiający obciążony ciężarem dowodu, nie sprostął temu obowiązкови. Nie uznano również, że Odwołujący, choćby w sposób nieumyślny wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a co skutkować powinno wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania.

Zamawiający opierając się na oświadczeniach wiedzy zawartych w dokumencie JEDZ dokonuje w ramach postępowania czynności sprawdzenia poprawności treści oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji.

Aby mogło dojść do podważenia ujętych i przedstawionych w ofercie Odwołującego oświadczeń co do potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści oferty złożonej w postępowaniu, a więc choćby korespondencja pomiędzy Zamawiającym a podmiotami zewnętrznymi). Wówczas na skutek swego rodzaju „wyjścia” poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się dokonać dodatkowej weryfikacji przedstawionych informacji u podmiotów zewnętrznych. Jednak w ocenie Izby otrzymane odpowiedzi od tych podmiotów nie pozwoliły podważyć wiarygodności Wykazu robót i referencji złożonych przez Odwołującego.

Wskazać należy, że Zamawiający przedstawionymi dowodami nie wykazał odmienności rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie i dokumentach złożonych na wezwanie przez Odwołującego. W żadnym bowiem punkcie oferty w zakresie kwestionowanym w zawiadomieniu o wykluczeniu nie udowodniono, że rzeczywisty stan rzeczy odbiega od przedstawionego w ofercie. Nie można zatem przypisać Odwołującemu choćby nieumyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do zakresu, wartości prac, dat wykonywania robót, czy podmiotu, który je zlecił. Tym bardziej nie można przyjąć założenia, że działania Odwołującego miały charakter celowy lub też przyjęły postać rażącego niedbalstwa przy przekazywaniu informacji Zamawiającemu, tak aby wprowadzały one drugą stronę w błąd.

Ostatecznie jednak uznanie zasadności powyższego zarzutu nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania, ponieważ potwierdziły się inne przesłanki skutkujące koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, co potwierdziło prawidłowość decyzji podjętej przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący: