

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 12A (02-673 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Śląski z siedzibą w Katowicach przy ul. Bankowej 12 (40-007 Katowice)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Banimex” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul.

Energetycznej 10 (42-504 Będzin) - Lider konsorcjum oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul. Odkrywkowej 91 (42-504 Będzin) - Partner konsorcjum, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1461/18

Uniwersytet Śląski z siedzibą w Katowicach zwany dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wykonaj dla inwestycji pn. Przebudowa i termomodernizacja budynku

przy ul. Uniwersyteckiej 4 na potrzeby nowej siedziby Wydziału Filologicznego" (nr sprawy: DZP.381.006.2018.RB), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2018 r. pod nr 2018/S 064-141665.

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum: Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Banimex” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, zwanego dalej „przystępującym”, pomimo niewykazania przez niego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;

ewentualnie:

2. art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo tego, że przystępujący podlegać powinien wykluczeniu z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd, przedstawiając w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3. art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22a ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo niewykazania, że zakres udostępnionych przez podmiot trzeci - Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. - zasobów jest wystarczający do wykazania przez przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

4. art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22a ust. 6 pkt 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo tego, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia w odniesieniu do dysponowania osobami;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;

6. innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów wskazanych w odwołaniu;
- 4) wykluczenia przystępującego z postępowania;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu sklasyfikowaną na drugim miejscu, co oznacza, że w przypadku wykluczenia przystępującego z postępowania, za najkorzystniejszą powinna zostać uznana jego oferta. Wskutek naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego, oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

Odnosnie zarzutów wskazanych pod nr 1 i 3 odwołujący wyjaśnił, że celem

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przystępujący załączył do oferty kopię oświadczenia Holdinwest Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Pismem z dnia 30 maja 2018 r., (sygn. I.dz. 381.006.2018.RB/1710), na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia ww. dokumentu poprzez złożenie go w oryginale. W odpowiedzi z dnia 7 czerwca 2018 r. (sygn. I.dz. 24/06/18) przystępujący poinformował, iż ze względu na okoliczności niezależne od niego podmiot Holdinwest zostaje zastąpiony podmiotem Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej zwanym „BPBP”), uznając wezwanie dotyczące poprzedniego podmiotu trzeciego za bezprzedmiotowe i załączając zobowiązanie oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia dla BPBP. BPBP zobowiązała się do oddania do dyspozycji przystępującego następujące zasoby na potrzeby wykonania zamówienia, oświadczając, że będzie brała udział w jego realizacji: Określenie zasobu: wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuk budowlanej i prawidłowo ukończył: jedną robotę budowlaną obejmującą przebudowę budynku o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 8.000,00 m² oraz o wartości robót nie mniejszej niż 25.000.000,00 zł z VAT w zakresie: instalacji sanitarnych w tym wewnętrznej instalacji c.o., wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, instalacji wodnej i kanalizacyjnej, instalacji elektrycznych i niskoprądowych w tym system sygnalizacji pożaru, system monitoringu wizyjnego, system kontroli dostępu, system audio-video. Przez 1 robotę budowlaną, o której mowa powyżej, Zamawiający rozumie robotę budowlaną wykonaną przez Wykonawcę na podstawie jednej umowy, tj. Rozbudowa i przebudowa Krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2. W konsekwencji, w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego w oparciu o treść art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 18 czerwca 2018 r., (sygn. I.dz. DZO.381.006.2018.RB/1881), przystępujący przedłożył Wykaz robót budowlanych, w którym wskazano ww. Rozbudowę i przebudowę Krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2, wykonaną dla Gminy Miasto Oświęcim - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu w terminie od 18 sierpnia 2015 r. do 21 września 2017 r. o wartości brutto 51.822.526,46 zł. Do Wykazu robót załączono kopię referencji wystawionych przez Gminę Miasto Oświęcim - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu, w treści których oświadczono, iż BPBP wykonała kompleksową przebudowę i rozbudowę budynku użyteczności publicznej w ramach zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i przebudowa Krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2.

Odwolujący wskazuje, że faktycznie jednak BPBP nie była wykonawcą ww. inwestycji samodzielnie. Z treści informacji o wyniku postępowania z dnia 3 lipca 2015 roku oraz treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dla postępowania pn. Rozbudowa i przebudowa Krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2 wynika, że jako najkorzystniejszą Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu wybrał ofertę konsorcjum w składzie: BPBP - Lider oraz Energopol Trade Opole Sp. z o.o. - Partner.

W związku z powyższym należy poddać co najmniej pod wątpliwość wykazanie spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Nie wiadomo bowiem, w jakim zakresie realnie BPBP zrealizowała tamto zamówienie oraz jaką wartość miały wykonane przez BPBP prace. Zwrócił przy tym uwagę na to, że w zakresie rozbudowy i przebudowy pływalni mieściły się zarówno prace budowlane, jak i rozbiórkowe, instalacje, sieci zewnętrzne, infrastruktura techniczna i zagospodarowanie terenu, czy wyposażenie obiektu.

Wskazał, że zamawiający wezwał co prawda przystępującego do wyjaśnienia treści dokumentu na podstawie treści art. 26 ust. 4 Pzp pismem z dnia 3 lipca 2018 r., (sygn. I.dz.

DZP.381.006.2018.RB/1972), pytając:

- a) czy wartość robót dotycząca samej przebudowy budynku jest wartością równą lub wyższą niż 25.000.000,00 zł z VAT?
- b) czy w przebudowanym budynku został wykonany cały zakres branżowy, wymagany zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu (...)?
- c) czy w ramach przebudowy budynku zostały wykonane wszystkie instalacje niskoprądowe, wymagane zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu (...)?
- d) czy w ramach przebudowy budynku wykonana była wentylacja mechaniczna?

Zwrócił uwagę, że na wszystkie powyższe pytania przystępujący odpowiedział twierdząco przy czym w żadnym z pism ani w treści wyjaśnień nie pojawiła się jednak informacja, że BPBP nie realizowało przedmiotowej inwestycji samodzielnie.

Przytaczając orzecznictwo Izby (wyrok KIO 905/15, 925/17, 933/17 z dnia 26 maja 2017 roku) odwołujący podniósł, iż wykonawca, który zrealizował zamówienie w ramach

konsorcjum, nie może następnie udostępniać swoich zasobów w postaci zdolności oraz doświadczenia w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane prace. Udostępnione może zostać wyłącznie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum. Sprzeciwia się to bowiem zasadzie równego traktowania wykonawców, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie nabyte przez konsorcjum w ramach realizacji zamówienia, podczas gdy faktycznie i konsekwentnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Dla potwierdzenia swoich twierdzeń przytoczył wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. o sygn. C- 387/14 (Esaprojekt): gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. (...) Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

W ocenie odwołującego zaniechanie zamawiającego w zakresie niniejszych zarzutów polegało więc na uznaniu, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia bez zbadania, jaki był faktyczny udział w konsorcjum, gdyż nieuprawnione jest jego zdaniem zaliczanie na poczet doświadczenia robót wykonanych w ramach konsorcjum bez udowodnienia, jaką część dany wykonawca faktycznie zrealizował.

Co do zarzutu ewentualnego oznaczonego nr 2 odwołujący wskazał, że zakładając, że przystępujący byłby w stanie wykazać w drodze wyjaśnień lub w toku rozprawy odwoławczej, spełnienie warunku potwierdzając, że doświadczenie BPBP jest wystarczające do tegoż spełnienia to powinien podlegać wykluczeniu. Trudno wskazać bowiem inny powód niewykazania, iż inwestycję wskazaną przez BPBP realizowano w konsorcjum, jak lekkomyślność czy niedbalstwo przystępującego. To właśnie wykonawca czuwać powinien nad wypełnieniem wszelkich formalności w sposób należyty. Co bardzo istotne, przedmiotowe informacje są kluczowe dla wyniku postępowania i to na ich podstawie zamawiający podjął decyzję w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie zachowanie wykonawców nie może pozostać bez oceny oraz sankcji w postaci wykluczenia z postępowania. W jego ocenie przystępujący miał bowiem zarówno czas, jak i możliwości, aby uzyskać szczegółowe informacje o podmiocie, dzięki któremu właściwie uzyskać może zamówienia, sam bowiem warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie spełniał.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołujący podał że celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przystępujący załączył do oferty kopię oświadczenia Architektonicznego Biura Projektów AB-PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach z dnia 8 maja 2018 r., podpisanego przez Prezesa Zarządu tej spółki. Z treści oświadczenia wynikało udostępnienie do dyspozycji przystępującego następujących zasobów na potrzeby wykonania zamówienia oraz oświadczenie, że spółka Architektoniczne Biuro Projektów AB-PROJEKT będzie brała udział w realizacji zamówienia:

Określenie zasobu:

Zdolność techniczna i zawodowa:

- 1) Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń,
- 2) Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń,
- 3) Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- 4) Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń.

Dalej zwrócił uwagę, że pismem z dnia 30 maja 2018 r., (sygn. I.dz. 381.006.2018.RB/1710), na podstawie art 26 ust. 3 Pzp zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia ww.

dokumentu poprzez złożenie go w oryginale. W odpowiedzi z dnia 7 czerwca 2018 r. (sygn. I.dz. 24/06/18) przystępujący przedłożył oświadczenie Architektonicznego Biura Projektów AB-PROJEKT Sp. z o.o. z tego samego dnia, tj. 8 maja 2018 r., podpisane jednak przez inną osobę. Z uwagi na fakt, że podpis pod oświadczeniem był nieczytelny, zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia tej kwestii i w piśmie z dnia 18 czerwca 2018 r. otrzymał odpowiedź, iż ww. osoba została umocowana na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja 2018 r., które załączono do wyjaśnień.

Co jednak budziło największe zastrzeżenia odwołującego to fakt, że zakres udostępnianych zasobów uległ zmianie w taki sposób, że spółka Architektoniczne Biuro Projektów AB-PROJEKT Sp. z o.o. wskazała w tym dokumencie zarówno zasób w formie zdolności technicznej, jak i zdolności zawodowej (pkt 2) - szerszej niż w pierwotnym oświadczeniu, które było przedmiotem wezwania zamawiającego z dnia 30 maja 2018 r., tj.: Zdolność zawodowa;

- a. Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń - minimum 2 osoby (projektant i sprawdzający),
- b. Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń - minimum 2 osoby (projektant i sprawdzający),
- c. Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń - minimum 2 osoby (projektant i sprawdzający),
- d. Projektant z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń - minimum 2 osoby (projektant i sprawdzający).

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedzialnej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym odwołujący wyjaśnił, że z pierwszego oświadczenia podmiotu trzeciego (złożonego w kopii) wynikało jednoznacznie, że udostępni on na potrzeby realizacji zamówienia po jednej osobie pełniącej funkcję każdego z projektantów. Można było więc wywieść, że przystępujący samodzielnie dysponuje pozostałymi osobami wymaganymi w treści warunku udziału w postępowaniu. Z drugiego oświadczenia z kolei wynika

udostępnienie większej liczby osób, który to zakres nie wynikał z treści oferty, a więc uległ zmianie już po jej złożeniu. Odwołujący stwierdził przy tym, że trudno oprzeć się także wrażeniu, że dokumenty te były przygotowywane, gdy przystępujący uzyskał już informacje o swoich szansach w postępowaniu. Zwrócił dalej uwagę, że przepis art. 22a ust. 6 Pzp przewiduje możliwość zmiany podmiotu trzeciego, celem udowodnienia zamawiającemu, że dany zasób zostanie skutecznie udostępniony wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia lub możliwość samodzielnego zobowiązania się wykonawcy do realizacji zakresu przewidzianego pierwotnie w ramach udostępnianego zasobu. Nie przewiduje jednak możliwości rozszerzania samodzielną decyzją wykonawcy zakresu udostępnianych

zasobów, tym bardziej gdy nie wzywał go do tego wykonawca oraz że pierwotnie - co należy założyć na podstawie treści złożonej oferty - zamierzał korzystać w „nowym” zakresie z zasobów własnych. Sytuacja ta przypomina negocjowanie treści oferty, co jest sprzeczne z

przepisami Pzp.

Dodatkowo zauważył, że JEDZ przystępującego nie został na żadnym etapie postępowania sprostowany ani wyjaśniony.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołujący wskazał, że zaniechania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp. Nie może bowiem zdarzać się tak, że wykonawca zachowuje pełną dowolność w zakresie dowodzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zważając na uwarunkowania narzucone przepisami prawa. Nawet w przypadku, gdy taka sytuacja ma miejsce, to zamawiający ma obowiązek stać na straży praworządności w zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i kierowania się koronną zasadą wskazaną w art. 7 Pzp.

Następnie jedynie z ostrożności odwołujący zwraca dodatkowo uwagę na fakt, że

wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej został dokonany w dniu, gdy zaświadczenia wydane przez Urząd Skarbowy oraz Zakład Ubezpieczeń Społecznych dla Lidera Konsorcjum, tj. PW Banimex Sp. z o.o., nie były już ważne (zaświadczenie z ZUS wydane w dniu 11 kwietnia 2018 r., zaświadczenie z US wydane w dniu 12 kwietnia 2018 r.) a zamawiający nie dokonał wezwania celem aktualizacji wiedzy na temat niepodlegania przez przystępującego wykluczeniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. Wobec tego w powyższym zakresie, w zaistniałych okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy odwołujący sformułował przytoczone powyżej zarzuty jedynie z daleko idącej ostrożności procesowej tj. na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutów i żądań związanych z odtajnieniem wyjaśnień złożonych przez przystępującego.

W dniu 27 lipca 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

8

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Banimex” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie - Lider konsorcjum oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie - Partner konsorcjum.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 6 sierpnia 2018 r. wraz z załącznikami, w której wniósł o oddalenie odwołania podając w niej uzasadnienie swojego wniosku. Podobnie przystępujący - także na posiedzeniu niejawnym przedstawił swoje pismo procesowe z dnia 4 sierpnia 2018 r. wraz załącznikiem, w którym wskazał, że wszystkie stawiane w odwołaniu zarzuty są bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Banimex” Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie - Lider konsorcjum oraz AZI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie - Partner konsorcjum (zwani nadal „przystępującym”) stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 27 lipca 2018 r. (sygn. L. dz. DZP.381.006.2018.RB/2109), załączniki do odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma przystępującego, a także dokument przedłożony na rozprawie przez odwołującego stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w pismach procesowych przez strony i przystępującego adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba poniżej odniesie się do postawionych zarzutów zgodnie z kolejnością przyjętą w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutów nr 1 i 3 odwołania Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami rozdziału III ust. 2 pkt 1 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (zwanej dalej „SIWZ”) zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył: jedną robotę budowlaną obejmującą przebudowę budynku o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 8.000,00 m²

oraz o wartości robót nie mniejszej niż 25.000.000,00 zł z VAT w zakresie: instalacji sanitarnych w tym wewnętrznej instalacji c.o., wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, instalacji wodnej i kanalizacyjnej, instalacji elektrycznych i niskoprądowych w tym system sygnalizacji pożaru, system monitoringu wizyjnego, system kontroli dostępu, system audio-video.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, przystępujący załączył do oferty kopię zobowiązania do udostępnienia zasobów firmy Holdinvest Sp. z o.o. Pismem z dnia 30 maja 2018 r. na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia ww. zobowiązania w oryginale.

W odpowiedzi na wezwanie, przystępujący przedłożył pisemne zobowiązanie firmy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej zwanej nadal: „BPBP”) wraz z informacją, że podmiot ten zastąpi w zakresie udostępnienia swojego potencjału technicznego firmę Holdinvest Sp. z o.o. Prawidłowość powyższej czynności nie została zakwestionowana przez odwołującego w treści odwołania.

W konsekwencji przystępujący piśmie z dnia 18 czerwca 2018 r. zawierającym wykaz robót budowlanych zamieścił pozycje dotyczącą przebudowy i rozbudowy krytej pływalni na rzecz Gminy Miasto Oświęcim — Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu. Z treści wykazu wynika, iż roboty zostały wykonane w wymaganym okresie — pomiędzy 18 sierpnia 2015 r. a 21 września 2017 r., na wymaganą wartość (51 822 526,46 PLN z VAT) oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone o czym świadczą dołączone do wykazu referencje wystawione przez Dyrektora Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu.

Zamawiający nie poprzestał na tej informacji i dalej ustalał czy zakres robót przedstawiony w wykazie robót budowlanych oraz ich wartość są zgodne z wymaganiami opisanymi w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału technicznego (wezwanie z dnia 3 lipca 2018 r.). Przystępujący w drodze wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 6 lipca 2018 r. (sygn. I. dz. 25/07/18) przekazał odpowiedź zamawiającemu.

Mając na uwadze powyższe w tym przede wszystkim treść pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów, jak i treści referencji należy stwierdzić, że podmiotem udostępniającym zasoby było BPBP. Ponadto referencje wystawione przez Miejski Ośrodek

Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu wyraźnie wskazują BPBP jako wykonawcę robót budowlanych polegających na rozbudowie i przebudowie krytej pływalni w Oświęcimiu, który to wykonawca wykonał w ramach tej inwestycji m.in. (katalog nie ma charakteru zamkniętego):

- 1) prace rozbiórkowe;
- 2) prace budowlane i montażowe;
- 3) instalacje wewnętrzne sanitarne — wod-kan, c.o., wentylację i klimatyzację, węzeł ciepły, technologię wody basenowej, instalacje elektryczne i teletechniczne;
- 4) sieci zewnętrzne;
- 5) infrastrukturę techniczną, drogi place i zagospodarowanie terenu;
- 6) wyposażenie obiektu.

Z treści referencji wynikało, że BPBP w ramach ww. inwestycji wykonało roboty budowlane o wartości, która wypełniała wymóg postawiony w warunku. W dokumencie tym podano również parametry przebudowanego obiektu — powierzchnię i kubaturę. Dodatkowo zamawiający w drodze wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 3 lipca 2016 r. uzyskał potwierdzenie, iż wartości robót dotyczących samej przebudowy budynku przekraczała kwotę 25 mln PLN, a w ramach przebudowy budynku został wykonany cały zakres branżowy wymagany w warunku udziału w postępowaniu, w tym instalacje niskoprądowe oraz wentylacja mechaniczna.

Już po wszczęciu postępowania odwoławczego, zamawiający zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej do Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu dotyczącym inwestycji, której wykonawcą było BPBP. Z informacji uzyskanej od tamtejszego inwestora wynika, iż cały zakres robót wskazany w referencji został wykonany przez BPBP, który był liderem konsorcjum zawartego z Energopol Trade Opole sp. z o.o. Zgodnie z umową konsorcjum zawartą pomiędzy uczestnikami konsorcjum, lider - BPBP wykonał całość prac ogólnobudowlanych i instalacyjnych, natomiast udział partnera miał charakter doradczo — konsultacyjny. Zamawiający pozyskał również kopię wspomnianej w piśmie Dyrektora MOSiR w Oświęcimiu, umowy konsorcjum zawartej między BPBP a Energopol Trade Opole sp. z o.o. Z treści § 5 powyższej umowy konsorcjum zawartej w dniu

15 kwietnia 2015 r. wynika, iż: „Szczegółowy udział w Inwestycji każdego z Uczestników Konsorcjum określony zostanie w drodze porozumienia Stron z tym zastrzeżeniem, że Lider wykonuje całość robót ogólnobudowlanych i instalacyjnych, będących przedmiotem kontraktu, a udział Partnera w realizacji przedsięwzięcia ma charakter wyłącznie doradczo — konsultacyjny”.

Izba uznała, że już na etapie badania oferty przystępującego na podstawie przedłożonych w postępowaniu dokumentów zamawiający nie miał podstaw, aby

kwestionować faktu spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Jak wskazano powyżej uzyskane przez zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia w sposób niepozostawiający wątpliwości przedstawiały informacje niezbędne do oceny spełnienia postawionego warunku, natomiast dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego Izba potraktowała jako dodatkowe argumenty uzasadniające słuszność postępowania zamawiającego w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, do czego zamawiający ma prawo.

Ponadto Izba przyjęła za własną argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie wskazującą, że aby wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy (realizacji powierzonego zadania), musi wymaganym potencjałem dysponować w sposób rzeczywisty, a nie tylko formalny. W przypadku warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, oznacza to, że powinno to być doświadczenie nabyte faktycznie przez wykonawcę w drodze realizacji określonych czynności czy zadań (realność dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia). Tym samym Izba podziela stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej „Trybunałem”) zawarte w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienia wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami. Trybunał podkreślił, że „wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia

członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców”. Znajduje to także potwierdzenie w orzecnictwie Izby na co słusznie zwrócił uwagę zamawiający (zob. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 568/18) wskazując, że nie mają zasadniczego i

rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia

(kwestia realizacji w mniej lub bardziej sformalizowanym konsorcjum). Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakiej części podmiot, którego potencjał podlega badaniu partycypował w wykonywaniu żądanych prac.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba uznała, że zarzuty nr 1 (dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) oraz nr 3 (dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 Pzp) podlegają oddaleniu.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów 1 i 3 na uwzględnienie nie zasługuje także zarzut nr 2, który został sformułowany jako zarzut ewentualny. Izba w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie

wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył Pzp (zob. wyroki z: 14 marca 2017 r., sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1257/17). W związku z tym zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

1. przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią

dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu oznacza, że jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wyklądać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych i każdorazowo oceniać przez pryzmat zaistniałych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. wyrok z 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2705/17).

W przedmiotowej sprawie przystępujący już w formularzu oferty oświadczył, iż w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego, będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Z pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, iż podmiotem tym było BPBP. Innymi słowy, z oświadczenia tego wynikało, że przystępujący zamierza korzystać z potencjału technicznego ww. firmy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Jak wskazano w części dotyczącej zarzutów nr 1 i 3 zarówno wykaz wykonanych robót, referencje oraz wyjaśnienia przystępującego potwierdzają, że zasób firmy BPBP w postaci doświadczenia w wykonaniu wymaganych przez zamawiającego robót, zarówno jeśli chodzi o zakres wykonanych prac, jak i ich wartość, pozwał na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z referencji wystawionych przez MOSiR w Oświęcimiu wynika, iż wszystkie roboty wymienione w tymże dokumencie (spełniające jednocześnie wymogi zamawiającego) wykonało właśnie BPBP, a nie konsorcjum, w skład którego wchodziła ww. firma.

Konkludując Izba w przedmiotowym zakresie przyjęła argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie i uznała, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd ponieważ:

- 1) sama konstrukcja formularza wykazu robót, który jest składany przez wykonawcę nie wymuszała określania podmiotu, który realizował wykazywane zamówienie, a jedynie odbiorcę tej roboty;
- 2) formularz JEDZ nie wymagał podawania nazwy podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się wykonawca;
- 3) zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego (jak sama nazwa wskazuje) jak i referencje są dokumentami, które nie pochodzą bezpośrednio od wykonawcy;
- 4) treść wyjaśnień wykonawcy w postępowaniu jest determinowana przez charakter zagadnień i pytań podniesionych przez zamawiającego w wezwaniu do ich złożenia.

Tym samym nie została spełniona przesłanka zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp dotycząca przedstawienia przez przystępującego informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, co w związku z koniecznością łącznego spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie, które zostały podane powyżej musi skutkować nieuwzględnieniem przedmiotowego zarzutu.

Ponadto odwołujący na rozprawie wskazał, że usługa, którą podał przystępujący na spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie obejmowała systemu audio-video, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd i na tej podstawie powinien zostać z postępowania wykluczony. Na okoliczność tego złożył dowody tj. pierwszą stronę SIWZ w zamówieniu udzielonym przez MOSiR Oświęcim, przedmiary robót, ogłoszenie o zamówieniu dotyczące

przedmiotowego zamówienia oraz fragment programu funkcjonalno-użytkowego (strona 1, 29 i 30). Stwierdził przy tym, że przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 6 lipca 2018 r. potwierdził, że dokonał takiej instalacji czym także wprowadził zamawiającego w błąd. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że zarzut sformułowany na rozprawie zawierał się w zarzucie nr 2 wskazanym w odwołaniu, a on jedynie go uzupełnił. Zamawiający oraz przystępujący podnieśli w związku z tym, że przedmiotowy zarzut wykracza w ich ocenie poza zakres

zaskarżenia. Zamawiający na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał także dyspozycje art. 180 ust. 3 oraz art. 192 ust. 7 Pzp wyjaśniając, że w jego ocenie na podstawie ww. przepisów nie można dodawać do podanych w odwołaniu podstaw prawnych kolejnych czynności, a tylko podstawa prawna łącząca podany na rozprawie zarzut z zarzutem nr 2 podanym w odwołaniu. Niemniej z ostrożności procesowej zarówno zamawiający jak i przystępujący odnieśli się merytorycznie do postawionego na rozprawie zarzutu i wskazywali, że jest on bezzasadny.

Izba w przedmiotowym zakresie przyjęła stanowisko zamawiającego i

przystępującego. W odwołaniu w zakresie zarzutu nr 2 próżno szukać okoliczności faktycznych dotyczących wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przystępującego w zakresie systemu audio-video. Ponadto należy podkreślić, iż jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów odwołania, a zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. O ile braki w określeniu podstawy prawnej co do zasady mogą nie być istotne dla postępowania odwoławczego - podstawę prawną można wywieść z prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznej zwykle w sposób niebudzący wątpliwości - to podstawa faktyczna określona w odwołaniu nie może zostać rozszerzona ani uzupełniona na późniejszym etapie, co wynika z dyspozycji art. 180 ust. 3 w zw. z art. 181 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 7 Pzp. W przeciwnym razie strona przeciwna podczas sporu przed Izbą byłaby na rozprawie „zaskakiwana” kolejnymi zarzutami czy też okolicznościami, co do których nie miałyby możliwości się odpowiednio przygotować i odnieść.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że zamawiający w SIWZ nie podał definicji systemu audio-video. Ponadto MOSiR Oświęcim w swoim piśmie z dnia 31 lipca 2018 r., stanowiącym załącznik do odpowiedzi na odwołanie w pkt 3 lit. c) podał, że zakres prac wykonany przez BPBP obejmował między innymi wykonanie instalacji do przesyłania sygnału wideo do telebimu, a okoliczność ta wynika także z wyjaśnień przystępującego z dnia 6 lipca 2018 r.

W związku z tym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut jest przede wszystkim spóźniony, a w dalszej kolejności także nieuzasadniony.

Co do zarzutu nr 4 Izba przyjmując stanowisko zamawiającego uznała, że przystępujący nie dokonał „niedozwolonego rozszerzenia zakresu udostępnianych zasobów”. Pismem z dnia 30 maja 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentu, z którego wynikało udostępnienie do dyspozycji przystępującego zasobów na potrzeby wykonania zamówienia poprzez złożenie go w oryginale, bowiem pierwotne oświadczenie złożone wraz z ofertą miało formę kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem. Stanowiło to wykonanie postanowienia SIWZ, w którym w rozdz. IV ust. 1 pkt 4) zamawiający wskazał, że W przypadku korzystania z potencjału innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca powinien przedłożyć stosowne zobowiązanie tegoż podmiotu lub inny dowód na udostępnienie potencjału wraz z ofertą w formie oryginału. Tym samym Izba przyjęła, że zamawiający podejmował decyzję o zastosowaniu procedury wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z przyczyn formalnych. Tak więc do uzupełnienia powyższego oświadczenia doszło zanim zamawiający dokonał merytorycznej oceny kwalifikacji podmiotowej przystępującego (bez przeprowadzania analizy treści tego oświadczenia).

Jak wynika z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z powyższego wynika, iż przepis art. 26 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie zarówno na etapie dokonywania oceny wstępnego oświadczenia, a następnie także na kolejnym etapie - tj. w odniesieniu do dokumentów złożonych przez wykonawcę (na podstawie art. 26 ust. 1 lub ust. 2 Pzp), którego oferta została najwyżej oceniona.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 21 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2336/17 „Zauważyć należy, iż Konsorcjum w treści jednolitego dokumentu wskazało na powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Jednocześnie Konsorcjum przekazało w tym zakresie niepełne informacje oraz nie załączyło dokumentów wymaganych na tym etapie w odniesieniu do podmiotów trzecich (zobowiązanie oraz jednolity dokument), co uzasadniało zastosowanie procedury uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero zatem w wyniku udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nastąpiło określenie zakresu polegania na zasobach podmiotów trzecich. Co niezwykle istotne, określenie zakresu polegania na zasobach podmiotów trzecich nastąpiło przed dokonaniem przez Zamawiającego oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Nie doszło zatem w ocenie Izby do dokonania niedozwolonej zmiany w zakresie powoływania się na zasoby podmiotów trzecich (...)”.

Ponadto w formularzu oferty w ust. 5 przystępujący oświadczył, iż nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i będzie powoływał się w tym zakresie na zasoby innych podmiotów. W tym celu przedłożył również pisemne zobowiązania tych podmiotów. W ust. 6 formularza oferty przystępujący wskazał m.in., iż prace projektowe (bez

rozróżnienia na ich rodzaj i osobę wykonującą) powierzy podwykonawcy tj. firmie: Architektoniczne Biuro AB-Projekt sp. z o.o. Jednocześnie przystępujący oświadczył, iż „zapoznał się z treścią SIWZ, nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz zdobył konieczne informacje do przygotowania oferty i zobowiązuje się spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego, wymienione w SIWZ i we wszystkich załącznikach do niej”.

Izba uznała, że opis zasobów, które udostępniły podmioty BPBP (a wcześniej Holdinvest sp. z o.o.) oraz Architektoniczne Biuro AB-Projekt sp. z o.o., stanowi treść warunków udziału w postępowaniu przeniesionych wprost z rozdz. III SIWZ. Ma to o tyle istotne znaczenie, że w przypadku potencjału osobowego, zamawiający skonstruował warunek udziału w postępowaniu w charakterystyczny sposób, tzn. najpierw oznaczył niejako kategorię branży, którą reprezentować ma projektant wymagany przez zamawiającego, a dopiero na końcu dodał, że chodzi o projektanta i sprawdzającego. Informacja ta została oddzielona od treści warunku postanowieniem o zgodności uprawnień z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z dnia 24 września 2014, poz. 1278) lub odpowiadającym im ważnym uprawnieniom budowlanym, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Przystępujący natomiast samodzielnie skorygował powstałą w oświadczeniu nieścisłość w następstwie wezwania do uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec powyższych faktów oraz wobec powierzenia usług projektowych firmie Architektoniczne Biuro AB-Projekt sp. z o.o. przy jednoczesnej akceptacji warunków w SIWZ, należy stwierdzić, że zarzut nr 4 nie znalazł potwierdzenia.

Izba przyjęła także argumentację zamawiającego nawiązującą do ww. orzeczenia Trybunału w sprawie Esaprojekt. Mając świadomość tego, że ów wyrok został wydany w ramach wykładni art. 51 nieobowiązującej dyrektywy 2004/18/WE, w przeważającej części opinii i orzeczeń Izby, zdaje się zachowywać swoją aktualność także na gruncie nowej dyrektywy klasycznej, pomimo tego iż procedura kwalifikacji podmiotowej uległa dość znacznemu przemodelowaniu. Jedną z odpowiedzi na pytania prejudycjalne w ww. orzeczeniu, uzależnia możliwość uzupełniania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od tego, czy uzupełnienie określonych dokumentów nie spowoduje niedopuszczalnej, zbyt daleko idącej modyfikacji treści oferty. Podstawowy wniosek wypływający z tej odpowiedzi, w której Trybunał podzielił zdanie Rzecznika Generalnego to ten, że wykonawca, który w celu potwierdzenia spełniania 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 powołania się na zdolności podmiotów trzecich. Jak jednak stwierdza Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii zatytułowanej: „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, wyrok w tej sprawie nie oznacza, że niedopuszczalne będą jakiekolwiek zmiany w dokumentach i oświadczeniach. Urząd zaznacza, że 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 lub z samodzielnym spełnianiem tych warunków przez wykonawcę. Jak stwierdza Urząd Zamówień Publicznych: 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.

Należy przypomnieć, iż przystępujący od momentu złożenia oferty deklarował wolę posłużenia się zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków dotyczących potencjału technicznego i osobowego. Nie można zatem porównywać stanu faktycznego będącego podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu ze stanem faktycznym, który dał początek rozważaniom Trybunału. Okoliczność taka, w zestawieniu z utrzymaną zasadą jednokrotnego wezwania o konkretny dokument w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz dominującą koncepcją, że przepis art. 22a ust. 6 Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 Pzp zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich, mogła sprawić, że udostępniający zasoby zmuszony został do podjęcia decyzji o tego rodzaju korekcie.

Kluczowe dla stanowiska Trybunału zdawało się być przekonanie, że zmiana niedopuszczalna miałaby skutkować poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W omawianym przypadku nie dochodzi do żadnej zmiany podmiotowej, podmiot trzeci w dalszym ciągu udostępnia swój zasób osobowy w zakresie usług projektowych.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut nr 4 (dotyczący naruszenia art. 22

ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 pkt 1 i 2 Pzp) także podlega oddaleniu.

W związku z niepotwierdzeniem się powyżej wskazanych zarzutów w ocenie Izby nie ma racji bytu także zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, skoro przystępujący nie został wykluczony z postępowania.

Izba uznała, że nie znalazł także potwierdzenia zarzut nr 6 dotyczący naruszenia „innych

przepisów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania”. Za zamawiającym należy stwierdzić, że w treści odwołania nie można zidentyfikować wskazań na naruszenia konkretnych norm prawnych, innych niż wymienione we wcześniejszych zarzutach. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno zawierać m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Przy czym zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz żądanie powinno znajdować się w petitum pisma, natomiast uzasadnienie winno służyć rozwinięciu argumentacji dotyczącej zarzucanego naruszenia oraz jego wpływu na wynik sprawy. Przyjęcie takiej rozproszonej formuły utrudnia możliwość merytorycznego odniesienia się do treści odwołania oraz może sprzyjać przekroczeniu zakresu zaskarżenia wbrew dyspozycji przepisu art. 192 ust. 7 Pzp.

Przy tym przyjmując argumentację zamawiającego podaną w odpowiedzi na odwołanie można odnotować z uzasadnienia odwołania dwa fragmenty wskazujące na zarzuty dotyczące czynności zamawiającego podjętych wobec odwołującego niezgodnie z przepisami Pzp. W pierwszym z nich odwołujący odnosi się do „nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów i żądań związanych z odtajnieniem wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum”. Zamawiający wyjaśnił w związku z tym, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania, iż w przedmiotowym postępowaniu żadne dokumenty ani wyjaśnienia wykonawców nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego co najmniej dziwne wydaje się podniesienie przez odwołującego kwestii „odtajnienia wyjaśnień”. Ponadto odwołujący na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do przedmiotowej kwestii w związku z tym Izba oparła się i przyjęła w tym zakresie stanowisko zamawiającego.

W drugim odwołujący jedynie z ostrożności zwrócił uwagę w uzasadnieniu na fakt, że wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w dniu, gdy zaświadczenia wydane przez Urząd Skarbowy oraz Zakład Ubezpieczeń Społecznych dla Lidera Konsorcjum „nie były już ważne” (zaświadczenie z ZUS wydane w dniu 11 kwietnia 2018 r., zaświadczenie z US wydane w dniu 12 kwietnia 2018 r.), a zamawiający nie dokonał wezwania celem aktualizacji wiedzy na temat niepodlegania przez przystępującego wykluczeniu w oparciu o przepis art.

24 ust. 1 pkt 12 Pzp w powyższym zakresie.

W związku z uznaniem oferty przystępującego, jako najwyższej ocenionej, zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał go do złożenia dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art.

25 ust. 1 pkt 1) Pzp (spełnianie warunków udziału w postępowaniu) oraz okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3) Pzp - brak podstaw do wykluczenia. W piśmie tym, zamawiający wskazał przystępującemu, iż oświadczenia i dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie winny być aktualne na dzień ich złożenia, co wynika również wprost z art. 26 ust. 1 Pzp. W myśl tego przepisu, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na pismo zamawiającego, przystępujący w dniu 28 czerwca 2018 r. złożył m. in. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach potwierdzające brak zaległości podatkowych wg. stanu na dzień 12 kwietnia 2018 r. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek potwierdzające brak zaległości wg. stanu na dzień 11 kwietnia 2018 r. Należy zatem uznać, iż skoro przystępujący został wezwany do złożenia aktualnych dokumentów, to postępując zgodnie z treścią wezwania, złożył dokumenty najbardziej aktualne, potwierdzające stwierdzone w nich stan trwający nieprzerwanie od odpowiednio 11 i 12 kwietnia 2018 r.

Na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp (a także art. 26 ust. 3 Pzp) prawidłowe jest złożenie oświadczeń lub dokumentów, wystawionych zgodnie z terminami wynikającymi z rozporządzenia o dokumentach liczonych wstecz od daty składania ofert (wniosków). W odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia braku podstaw

do wykluczenia na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp stwierdzić należy, że „aktualne” oświadczenia lub dokumenty potwierdzają okoliczność niepodlegania wykluczeniu na podstawie odpowiedniego przepisu z art. 24 ust. 1 lub 5 Pzp w dniu złożenia go przez wykonawcę. Złożone na wcześniejszym etapie postępowania oświadczenie lub dokument (środek dowodowy) pozostają zatem aktualne do czasu ich ewentualnej weryfikacji i zmiany przez wykonawcę. Brak weryfikacji powyższego ze strony wykonawcy oznacza, że dana okoliczność potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia lub kryteria selekcji nie uległa zmianie.

Biorąc pod uwagę powyższe, dokumenty złożone przez przystępującego w dniu 28 czerwca 2018 r. pozostają aktualne na dzień ich złożenia, czyli na dzień 28 czerwca 2018 r. i ważne są w świetle terminów wynikających z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert upłynął w dniu 9 maja 2018 r. Biorąc pod uwagę powyższe rozporządzenie, dokumenty wystawione z datą 11 i 12 kwietnia 2018 r., zachowują swoją ważność, gdyż zostały wystawione w terminie, o którym mowa w powyższym rozporządzeniu.

Podobnie jak w przypadku pierwszej okoliczności dotyczącej zarzutu nr 6 odwołujący na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do przedmiotowej kwestii w związku z tym Izba oparła się i przyjęła w tym zakresie stanowisko zamawiającego i uznała ten zarzut za

bezzasadny.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: