

**Sygn. akt: KIO 1023/16**

**WYROK**

z dnia 27 czerwca 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2016 r. **przez wykonawcę** ubiegającego się o udzielenie zamówienia: M-INVEST Sp. z o.o. ul. Osiedlowa 5; 83-307 Kiełpino w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Sąd Okręgowy w Gdańsku ul. Nowe Ogrody 30/34; 80-803 Gdańsk

**orzeka**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża M-INVEST Sp. z o.o. ul. Osiedlowa 5; 83-307 Kiełpino i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M-INVEST Sp. z o.o. ul. Osiedlowa 5; 83-307 Kiełpino tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od M-INVEST Sp. z o.o. ul. Osiedlowa 5; 83-307 Kiełpino kwotę 3.750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz Sądu Okręgowego w Gdańsku ul. Nowe Ogrody 30/34; 80-803 Gdańsk stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kosztu dojazdu na rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Odwołującym jest M - INVEST Sp. z o.o. ul. Osiedlowa 5; 83-307 Kiełpino

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont elewacji oraz dachu budynku Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień publicznych w dniu 26.04.2016 r. pod nr 46761-2016

Działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ze zmianami, zwaną dalej „ustawą Pzp” , wniesiono odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Remont elewacji oraz dachu budynku Sądu Okręgowego w Gdańsku”, prowadzonego przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Gdańsku.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 7 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o przepisy ustawy,
- 2) art. 89 ust 1 pkt.2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Mając na względzie powyższe wnoszę o nakazanie zamawiającemu :

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
- 4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania w dniu 07.06.2016 r. Uwzględniając powyższe termin na wniesienie niniejszego odwołania o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp został dochowany.

W uzasadnieniu przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający prowadzi postępowanie na wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie elewacji oraz dachu budynku Sądu Okręgowego w Gdańsku. Zamawiający w dniu 07.06.2016 r. unieważnił postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust 1 pkt. 4 ustawy Pzp odrzucając jednocześnie ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania i podnosi co następuje:

A. Zamawiający informując o unieważnieniu postępowania jako uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazuje, że „Wykonawca uzupełniając dokumenty w postępowaniu zmienił treść swojej oferty w zakresie podwykonawstwa”, twierdząc jednocześnie, że „Podmioty użyczające doświadczenie miały brać czynny udział w realizacji zamówienia, czego nie wskazano w pierwotnej ofercie”.

Nieprawdziwe jest twierdzenie zamawiającego o zmianie treści oferty, którą odwołujący złożył zamawiającemu. Zamawiający nie dysponuje żadnym oświadczeniem woli odwołującego w zakresie zmiany treści złożonej oferty a odwołujący podtrzymuje w całości swoje zobowiązanie złożone zamawiającemu w dniu składania ofert.

Nieprawdziwe jest także twierdzenie zamawiającego, że podmioty użyczające doświadczenia muszą brać czynny udział w realizacji zamówienia. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszcza taką możliwość, aby podmioty użyczające swoich zasobów do realizacji zamówienia wykonywały część zamówienia (rozdł.2.2. siwz), zależy to jednak od decyzji wykonawcy a nie zamawiającego. Odwołujący w złożonej ofercie w treści załącznika nr 1 (Formularz Ofertowy) nie wypełnił treścią tabeli w pkt. 3, co oznacza, że zamówienie wykona sam. Oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie stanowi o tym, że podmiot ten jest gotowy uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca, nie może on jednak zmienić oświadczenia złożonego przez wykonawcę składającego ofertę. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie wskazuje podstawy wynikającej z treści siwz lecz bezpośrednio wskazuje podstawę prawną wynikającą z treści ustawy Pzp, która nie może mieć zastosowania w prowadzonym postępowaniu ponieważ treść złożonej oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe potwierdza zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt,2, art. 93 ust.1 pkt.4 ustawy Pzp co w konsekwencji powoduje naruszenie przepisu art.7 ust 3 ustawy i w ocenie odwołującego powoduje konieczność uwzględnienia odwołania. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi jak w treści odwołania oraz na wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Izba ustaliła**

Izba w związku ze zgłoszonymi na rozprawie wnioskami dowodowymi, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy i potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez zamawiającego, przeprowadziła postępowanie dowodowe w sprawie dokonując ustaleń jak poniżej.

Odwołanie zostało wniesione w związku z pismem zamawiającego z dnia 07.06.2016 r. zawiadamiającym odwołującego o unieważnieniu postępowania. W piśmie tym zamawiający informuje, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 1 z związku z art. 87 ust. 1, bowiem wykonawca uzupełniając dokumenty w postępowaniu zmienił treść swojej oferty w zakresie podwykonawstwa. Podmioty użyczające doświadczenie miały brać czynny udział w realizacji zamówienia, czego nie wskazano w pierwotnej ofercie. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego podtrzymał argumentację zamawiającego co do podstaw odrzucenia oferty twierdząc, że podmioty udostępniające wiedzę i doświadczenie powinny brać czynny udział w realizacji zamówienia, co w ocenie zamawiającego sprawdza się do podwykonawstwa a takiego faktu odwołujący nie zaznaczył w formularzu ofertowym.

Izba przeprowadzając dowód z oferty odwołującego z dnia 12.05.2015r. stwierdziła, że w formularzu ofertowym punkt 3 nie został wypełniony. Punkt ten odnosi się do części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom (3. Oświadczam, że niżej wymienione części zamówienia zostaną przekazane podwykonawcom"). Z kolei załączony do oferty Wykaz wykonanych robót wskazuje na terminy wykonania robót bez podania ich pełnej daty, tj. dnia i miesiąca oraz roku wykonania. W pozycji 1 odbiorca robót Stabilator zamieszczono termin „od 2009 do 2011” bez podania dnia i miesiąca. W pozycji 2 Wykazu Akademia Sztuk Pięknych w Gdańsku podano miesiące i lata bez podania dnia. Termin składania ofert w tym postępowaniu upływał w dniu 11 maja 2016. W związku z tym co do pozycji 1 Wykazu nie można ustalić, czy roboty były wykonane wcześniej niż 5 lat przed

terminem składania ofert a co ma wpływ na zaliczenie danej roboty do wymaganej wiedzy i doświadczenia zawodowego. Poza tym do pozycji 2 wykazu dotyczącej Akademii Sztuk Pięknych w Gdańsku nie załączono referencji. Pozycja 1 wykazu, załączono referencje, referencja wystawiona jest przez Stabilator dla konserwatorów L.B. B. , przy czym tutaj nie wskazuje się również dat wykonania pracy, tj. jedynie podaje się lata wykonania.

W tym stanie rzeczy jak wynika z dokumentacji zamawiającego, wezwano odwołującego pismem z dnia 25.05.2016 r. do uzupełnienia w trybie 26 ust. 3 do uzupełnienia dokumentów stwierdzających między innymi w wezwaniu „Brak wymaganego doświadczenia i dokumentów potwierdzających wykonanie wskazanych zamówień na potwierdzenie posiadanego doświadczenia. Do oferty załączono dokumenty innego podmiotu (firma Stabilator) informujące o wykonaniu w 2011 r. (niepełna data) jednego z wskazanych zamówień bez informacji o korzystaniu z zasobów tego podmiotu” ....”W związku z powyższym, Zamawiający wzywa na podstawie 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) do uzupełnienia powyższych dokumentów w terminie do dnia 31.05.2016 r. pok. 108 Sąd Okręgowy. Dokumenty należy dostarczyć w formie oryginałów lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem(.....)”

Odwołujący w wykonaniu wezwania przesłał Wykaz wykonanych robót gdzie w pozycji 1 umieścił termomodernizację budynku Hotel Ołowianka, kwota 1.712.000, odbiorca KB Service; w pozycji 2 roboty budowlane i konserwatorskie Dworek II w Gdańsku Oliwie, wpis R.Z 757, kwota 3 610 005, odbiorca Stabilator Sp. z o. o.; Do wykazu załączono zobowiązanie z 13.05.2016 r. K.B. Service podpis S. do oddania do dyspozycji zasobów z oświadczeniem, (...) „Oświadczamy, że uczestniczymy w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca” przy czym podmiot udostępniający zasoby skreślił inne formy jak „doradca/ inna forma:.....” Należy wskazać, że zamawiający zarówno na rozprawie jak i w odpowiedzi na odwołanie kwestionuje prawdziwość złożonego przez KB Service zobowiązania w związku ze złożonym podpisem „S.” (zamawiający kwestionuje autentyczność podpisu, zawiadamiając o powyższym podejrzeniu policję). Według oświadczenia, na rozprawie pełnomocnika radcy prawnej zamawiającego, podpis został sporządzany na skserowanym dokumencie przez przeciągnięcie długopisem na pieczęci firmowej nazwiska „S.” na jego kserokopii, co jest widoczne przy użyciu szkła powiększającego. Do uzupełnionego Wykazu załączono do poz. 1 oprócz powyżej opisanego Zobowiązania K.B. Service Sp. z o.o. referencję z dnia 10.05.2016 r. K.B. Service z których wynika, że „K.B. Service Sp. z o. o. zaświadcza, iż wykonał do 24.12.2011 r. Prace w ramach termomodernizacji budynku przy ul. Ołowianka 3A jako własną inwestycję. Budynek jest wpisany do rejestru zabytków. Prace elewacyjne, wykończeniowe, dachowe oraz instalacyjne były wykonane z należytą starannością”. Wartość prac wyniosła 1.712.000 brutto.” Pełnomocnik zamawiającego na rozprawie zakwestionował referencje z tej racji, że inwestorem i wykonawcą był ten sam

podmiot, który z tego powodu nie ma prawa wystawiać oceny własnych robót. Do wykazu załączono jeszcze jedno zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione przez podmiot L.B. B. S.C. Gdańska Pracownia Konserwatorska, gdzie wspólnicy oświadczają w ten sam sposób jak K.B. Service sp. z o.o., iż będą brali udział jako podwykonawcy.

Na podstawie tak uzupełnionych dokumentów zamawiający odrzucił ofertę odwołującego o czym powiadomił już powyżej wspomnianym pismem z dnia 07.06.2016 roku. Uzupełniając należy wskazać, że w piśmie tym zamawiający zawiadomił o przyczynach unieważnienia postępowania. Przyczyną unieważnienia postępowania jest okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W piśmie zamawiający powiadamia także o odrzuceniu oferty PIB M. S.C. Gdańsk za kwotę 1.280.067 zł 61 groszy. Ofertę tego wykonawcy zamawiający uznał jako zawierającą RNC i z tego powodu ofertę odrzucił. Jednocześnie jak wyżej zaznaczono zamawiający informuje, że oferta odwołującego zostaje odrzucona na podstawie 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1. Z uzasadnienia faktycznego czynności zamawiającego wynika, że wykonawca uzupełniając dokumenty zmienił treść swojej oferty w zakresie podwykonawstwa. Podmioty używające doświadczenie miały brać czynny udział w realizacji zamówienia, czego nie wskazano w pierwotnej ofercie.

W złożonej ofercie nie wypełniono punktu 3 w zakresie podwykonawstwa. Natomiast do oferty załączono wykaz z dwoma pozycjami, przy czym nie załączono zobowiązań podmiotów trzecich oraz załączono tylko jedną referencję. Z kolei z załączonych dokumentów w trybie 26 ust. 3 odwołujący przedstawił nowy wykaz obejmujący 2 pozycje w tym 1 dotychczasową oraz zobowiązania, których nie było przy ofercie a z których jednoznacznie wynika, że podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy. Według zamawiającego złożone przez odwołującego dokumenty w trybie 26 ust. 3 ustawy zmieniły treść oferty w zakresie punktu 3, bowiem podmioty trzecie oświadczyły, że będą podwykonawcami a co nie wynika z formularza ofertowego. W związku z powyższym zamawiający uznał, iż spowodowało to zmianę treści oferty w zakresie podwykonawstwa. Pełnomocnik zamawiającego na rozprawie prezentował pogląd, że według jego wiedzy jeżeli wykonawca posługuje się podmiotem trzecim w trybie 26 ust. 2b to w przypadku robót budowlanych wykonawca jest zobowiązany do udziału w realizacji robót. Udział ten może odbywać się na zasadzie podwykonawstwa, tj. realnego udziału bo chodzi nie tylko o wiedzę ale również o doświadczenie a tego nie przekazuje się inaczej jak przez własny udział w realizacji zadania czyli podwykonawstwo.

Na rozprawie Izba dokonała następujących dalszych ustaleń w związku z unieważnieniem przez zamawiającego czynności zaskarżonej, to jest unieważnienia postępowania, po wniesieniu odwołania czyli po 13 czerwca 2016 roku.

W dniu 16.06.2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z dnia 07.06.2016 r. Pismo – zawiadomienie zamawiającego z dnia 16.06.2016 r. załączone do odpowiedzi na odwołanie skierowano do ogółu wykonawców. Z jego treści wynika, że zamawiający unieważnia czynność i informuje, że powtórzy czynność badania i oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W związku z tym wezwano odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4. Wezwanie dotyczy treści dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 25.05.2016 r. W piśmie tym zamawiający przywołał odpowiedź odwołującego, gdzie złożył on wykaz wykonanych robót z przywołaniem na zasoby podmiotów trzecich, tj. KB Service Sp. z o. o. w Gdańsku oraz Gdańskiej Pracowni Konserwatorskiej L.B. B. S.C. w Gdańsku, gdzie zamawiający podkreśla, iż wykonawcy ci oświadczyli, że będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, natomiast skreślili inną formę np. jako doradca. Jednocześnie zamawiający przywołuje formularz oferty z 12.05.2016 r., gdzie odwołujący w polu na opisanie podwykonawcy pozostawili puste pole, co dla zamawiającego oznacza, że nie będzie brał udziału żaden podwykonawca. Ponadto zamawiający podkreśla, że do KIO w odwołaniu odwołujący zaznaczył, że sam zamierza wykonać roboty, tj. bez udziału podwykonawców. W związku z tym zamawiający oczekuje jednoznacznej odpowiedzi czy podmioty udostępniające zasoby będą występowały w charakterze podwykonawców. Kolejno do odpowiedzi na odwołanie załączono odpowiedź odwołującego z 17.06.2016 r. Z treści wyjaśnień odwołującego wynika, że nie będzie korzystał z podwykonawców, ponieważ podtrzymuje oświadczenie zawarte w ofercie, a gdyby decydował się na podwykonawstwo podmiotów udostępniających zasoby to załączyliby dokumenty wymagane zgodnie z rozdziałem 1.2.2 SIWZ aby uchronić się przed wykluczeniem. Oświadcza również, że udział podmiotów udostępniających zasoby polegał będzie przede wszystkim na udostępnieniu know-how oraz innych form szkolenia, instruktażu, a także na kierowaniu specjalistów do wykonania robót pod nadzorem odwołującego. Do wyjaśnień odwołujący załączył oświadczenia z 17.06.2016 r. L.B. B. S.C. Gdańska Pracownia Konserwatorska oraz z 17.06.2016 r. oświadczenie K.B. Service Sp. z o. o. w Gdańsku, z których wynika, że wyrażają wolę uczestniczenia w realizacji zamówienia, gdzie podtrzymują swoje wcześniejsze oświadczenia o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, przy czym precyzują swój udział do udostępnienia know-how, doradztwa, delegowania pracowników, oddając ich pod dozór odwołującego. W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego okazuje Izbie do wglądu oryginał doręczonych w trybie 26 ust. 3 w związku z wezwaniem z 25.05.2016 r. odwołującego następujących dokumentów: wykaz wykonanych robót, przy czym w miejsce pierwotnie wskazanej Akademia Sztuk Pięknych w Gdańsku wpisano w wyniku uzupełnienia dokumentów KB Service Sp. z o. o. i załączono w ocenie zamawiającego podrobiony oryginał zobowiązania z dnia 13.05.2016r. do udostępnienia zasobów poprzez pociągnięcie

(pogrubienie długopisem) na pieczęci firmowej nazwiska „S.” również zeskanowanego (skserowanego). Przy czym w ocenie zamawiającego po przyłożeniu do tego podpisu „S.” szkła powiększającego widać, że jest ono z dużym prawdopodobieństwem pociągnięte długopisem na kserokopii podpisu. W związku z tym jak w odpowiedzi na odwołanie wskazał zamawiający powiadomił on niezwłocznie Prokuraturę. Natomiast po otrzymaniu tychże wykazów i oświadczeń podmiotów trzecich zamawiający dokonał czynności ponownego badania i oceny ofert i ponownie unieważnił postępowanie w dniu 24.06.2016 r., jako przyczynę podał jak poprzednio w dniu 07.06.2016 r. Oferty, które uznał za ważne przekraczają kwoty jakie zamierzał przeznaczyć na zamówienie. Natomiast ofertę najtańszą PIB M. S.C. odrzucono jako zawierającą rażąco niską cenę, a odwołującego, który mieścił się w kwocie przeznaczonej wykluczono z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a jego ofertę odrzucono z powodu niespełnienia warunków doświadczenia zawodowego. Po pierwsze uważamy, że podmiot, który udostępnia zasoby powinien brać udział w realizacji zamówienia. W naszej ocenie forma obydwu podmiotów trzecich w jaki sposób chce udostępnić zasoby odpowiada udostępnieniu wiedzy a nie doświadczenia, ponieważ pracownicy będą co najwyżej udostępnieni odwołującemu, ale pod jego nadzór. Reasumując zamawiający uważa, że podmiot trzeci udostępnia zarówno wiedzę i doświadczenie. Rozdział VII ust. 1 ppkt 1.2, gdzie literalnie według ustawy zamawiający wymaga, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu jako łączny warunek. Zobowiązanie KB Service nie jest w formie pisemnej, a zamawiający uważa, że forma pisemna obowiązuje przy składaniu oświadczeń przez podmioty udostępniające zasoby. Dokument w związku z niewiarygodnym podpisem nie jest złożony w formie pisemnej, a według naszej oceny jest dokumentem podrobionym. KB Service ponadto wystawił dokument w związku z wykonywanymi robotami na swoją rzecz. Jest to referencja wystawiona na roboty, które wykonywali dla siebie, czyli jednocześnie jako inwestor i wykonawca. Pełnomocnik zamawiającego uważa, że dokument wystawiony przez siebie dla siebie nie posiada elementu wiarygodności, mogli przecież poprosić o potwierdzenie tego przez urzędowe organy nadzoru. Pismo o unieważnieniu postępowania nosi datę 24.06.2016 r. i pełnomocnik nie zna daty doręczenia, nie mniej nawet przyjąć, że 24.06.2016 r. zostało doręczone odwołującemu, to termin na wniesienie odwołania upływie dopiero 29.06.2016 r.

Na podstawie dokonanych na rozprawie ustaleń zważono jak poniżej.

**Izba zważyła**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący złożył odwołanie podnosząc naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

art. 7 ust 3 poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o przepisy ustawy;

art. 89 ust 1 pkt.2 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;

art. 93 ust. 1 pkt. 4 poprzez bezpodstawne unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei zamawiający odrzucając ofertę odwołującego przywołał następujące przepisy ustawy Pzp: 89 ust. 1 pkt 1 z związku z art. 87 ust. 1, bowiem wykonawca uzupełniając dokumenty w postępowaniu zmienił treść swojej oferty w zakresie podwykonawstwa. Podmioty uczyczące doświadczenie miały brać czynny udział w realizacji zamówienia, czego nie wskazano w pierwotnej ofercie.

Izba dokonując ustaleń, które przedstawiono powyżej po pierwsze stwierdza nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego w zakresie doświadczenia zawodowego pomimo, że zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia zawodowego a co uczynił w dniu 25 maja 2016 roku. W piśmie tym zamawiający wskazał i opisał uchybienia w złożonej ofercie co do wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego. Izba dokonując badania złożonej oferty w zakresie Wykazu robót budowlanych jak i referencji stwierdza prawidłową ocenę przez zamawiającego złożonej oferty jak i kwalifikacji stwierdzonych uchybień w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego. Przy czym należy podkreślić, że wykaz sporządzono odręcznie, niedbałym i niestarannym pismem, które utrudnia nawet zidentyfikowanie treści w tym wykazie zawartych. Izba dokonując oceny wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. stwierdza, że było ono sformułowane w sposób konkretny i właściwie precyzujące stwierdzone uchybienia. Uchybienia te zamawiający opisał jako: brak zobowiązania podmiotu trzeciego, brak jednej referencji, jak też brak prawidłowych dat zakończenia robót wymienionych w Wykazie. Izba oceniając wezwanie zamawiającego wystosowane w dniu 25.05.2015 roku do odwołującego uznaje je za precyzyjne i wskazujące na konkretne uchybienia. Należy tylko podkreślić a co wynika z ustaleń Izby, że zamawiający miał prawo domyślać się braku zobowiązania podmiotu trzeciego na podstawie referencji dla L.B. B. Gdańska Pracownia Konserwatorska, ponieważ z treści tej referencji nie wynika, że odwołujący miał jakiś udział w tej pracy. Z treści tej referencji wynika, że wystawcą jest Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, która potwierdza jakość robót wykonanych przez

Gdańską Pracownię Projektową L.B. B. s.c. na Dworze II w Gdańsku projekt Centrum ekumeniczne w Oliwie Gdańsk ul. Polanki 124. Tak więc słusznie zamawiający w wezwaniu podnosi brak zobowiązania podmiotu trzeciego w związku z załączoną referencją Stabilatora sp. z o.o. w Gdańsku. W efekcie wezwania odwołujący przedstawił nowy wykaz jak i zobowiązania podmiotów trzecich oraz referencje. Przy czym nadal ujmuje doświadczenie L.B. B. Gdańska Pracownia Konserwatorska, której referencje wystawiła spółka Stabilator sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Izba dokonując badania uzupełnionych dokumentów podziela stanowisko zamawiającego co do podejrzenia, że zobowiązanie K.B. Service Sp. z o.o. w zakresie podpisu „S.” zostało podrobione. Niemniej okoliczność ta jest przedmiotem badania prokuratorskiego i nie stanowi koniecznej i jedynej podstawy do stwierdzenia nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego, przy uwzględnieniu wyczerpanego trybu art.26 ust.3 ustawy. W ocenie Izby przesłanką wystarczającą do zdyskwalifikowania oferty odwołującego, jako nie spełniającej wymogu doświadczenia zawodowego, jest przedstawienie w pozycji 1 uzupełnionego wykazu roboty wykonanej dla K.B. Service Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Powyższe stwierdzenie Izba wywodzi z treści referencji załączonej do uzupełnionego wykazu robót, poświadczającej jakość dla inwestycji własnej dla której to inwestor (K.B. Service Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku) wystawił potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Powyższa okoliczność wynika z faktu, że podmiotem w wykazie na rzecz którego wykonano zamówienie jest KB Service sp. z o.o. i jednocześnie K.B. Service sp. z o.o. wystawia referencję na wykonane przez siebie roboty. Również z samej referencji wynika, że KB Service wykonywał roboty budowlane na własnym obiekcie (własna inwestycja). W związku z tym KB Service sp. z o.o. sam sobie wystawił referencję czyli potwierdził należyte wykonanie, zgodne ze sztuką budowlaną robót budowlanych. W ocenie Izby wystawienie referencji na roboty budowlane przez samego wykonawcę tych robót w świetle obowiązującego prawa jest niedopuszczalne. Gdyby prawo dopuszczało własne potwierdzanie należytego wykonania to by nie istniała w obrocie prawnym instytucja referencji/potwierdzania należytego wykonania. Idąc dalej nie istniała by w prawie budowlanym instytucja inspektora nadzoru budowlanego. W ocenie Izby skoro odwołujący był wezwany do uzupełnienia dokumentów w dniu 25.05.16 roku to tym samym zamawiający wyczerpał obowiązek trybu z art.26 ust.3 ustawy. Tym bardziej, że zamawiający w wezwaniu wskazał na brak wymaganego doświadczenia i dokumentów potwierdzających wykonanie ujętych w wykazie zamówień wraz z wyjaśnieniem jakie wady i braki mają te dokumenty. W ocenie Izby zamawiający nie ma obowiązku ponownego wzywania w sytuacji uzupełnienia dokumentów w sposób nie potwierdzający wymaganego doświadczenia. Takiego obowiązku zamawiający nie ma, nawet gdy w uzupełnionych dokumentach pojawiają się nowego rodzaju wady, które nie miały miejsca dotychczas tak jak to wystąpiło w niniejszej sprawie (referencje wystawione samemu sobie). Uzupełnianie dokumentów ma

charakter wyjątkowy a nie nagminny, ponieważ od podmiotów uczestniczących w procedurach zamówień publicznych w myśl art.355 k.c. w związku art.14 ustawy Pzp. wymaga się należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów prawa w nim wskazanych to jest art. 7 ust.3 ; art. 89 ust. 1 pkt 2 i art.93 ust.1 pkt 4 ustawy. Tym samym odwołujący nie wykazał bezprawności zamawiającego w odrzuceniu jego oferty a w konsekwencji bezprawności unieważnienia postępowania. Izba wskazuje również, że dla rozstrzygnięcia odwołania nie ma znaczenia niewłaściwa kwalifikacja faktyczna i prawna czynności zamawiającego, ponieważ słuszna jest decyzja zamawiającego o wyeliminowaniu z postępowania oferty odwołującego. Izba nie odnosi się do zarzutu nie uwzględnienia podwykonawstwa w formularzu ofertowym, chociaż zamawiający miał prawo stwierdzić naruszenie obowiązku w zakresie podwykonawstwa w sytuacji gdy do oferty jak jej uzupełnienia pojawia się Pracownia Konserwatorska B. jako podwykonawca. Niemniej Izba uwzględnia fakt, że po wniesieniu odwołania zobowiązanie ulega zmianie co do formy udziału podmiotu trzeciego a co może być przedmiotem kolejnego zaskarżenia czynności zamawiającego z dnia 24 czerwca 2016 roku. W ocenie Izby uzasadnienie faktyczne i prawne zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego powinno sprowadzać się do art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 i art.26 ust.3 ustawy a nie do art. 89 ust.1 pkt 1 w związku z art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Reasumując mimo niewłaściwego uzasadnienia faktycznego i prawnego, w piśmie zamawiającego z dnia 07.06.2016 roku o odrzuceniu oferty odwołującego, czynność zamawiającego jest prawidłowa.

Izba objęła postępowaniem dowodowym czynności zamawiającego po wniesieniu odwołania to jest unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jak i czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz czynności ponownego odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji ponownego unieważnienia postępowania. Pomimo to Izba nie odnosi się do tych czynności, ponieważ nie są one objęte przedmiotem odwołania, jak również na dzień rozpoznania odwołania to jest na dzień 27 czerwca 2016 roku nie upłynął termin na wniesienie odwołania, który upływa dnia 29 czerwca 2016 roku (czynność zamawiającego w dniu 24.06.2016 roku).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i

Sygn. akt KIO 1023/16

zasądzając kwotę 3.750,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztu dojazdu na rozprawę.

**Przewodniczący:** .....