

WYROK
z dnia 20 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2012 r. przez **Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie Spółka Akcyjna, 30-048 Kraków, ul. Czapińskiego 3,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1) **oddala odwołanie;**
- 2) kosztami postępowania obciąża Budimex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 Warszawa-Praga **w Warszawie.**

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych: Przebudowa stacji Tunel w ramach zadanie pn. „Modernizacja stacji Tunel na linii kolejowej nr 8 Warszawa zachodnia - Kraków Główny Osobowy”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE w dniu 25.07.2012 r., nr 2012/S 141-235392.

Odwołujący, Budimex Budownictwo Sp. z o.o. w Warszawie, wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, wniósł odwołanie wobec wezwania go do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Tomem I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców punkt 8.2.1, 9.9.1 oraz punkt 8.2.2. oraz 9.1.2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z przepisami Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w szczególności naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 przez: 1) wezwanie Odwołującego, pismem z dnia 29 października 2012 r., do złożenia oświadczeń lub dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Tomem I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców punkt 8.2.1, 9.1.1 oraz punkt 8.2.2 oraz 9.1.2., tj.: Załącznika nr 4 do SIWZ - wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór wykazu wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień, Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór wykazu sprzętu i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia w sytuacji, w której Odwołujący załączył do oferty wskazane dokumenty wraz ze stosownymi oświadczeniami wymaganymi przepisami Pzp, na dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu; 2) wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp bez jednoznacznego i precyzyjnego wskazania przyczyn z powodu, których Zamawiający żąda uzupełniania złożonych już dokumentów, bez precyzyjnego wskazania

braków lub błędów występujących w złożonych dokumentach, bez precyzyjnego i szczegółowego wskazania zakresu swego żądania, co uniemożliwia Odwołującemu udzielenie stosownej odpowiedzi i dostarczenie dokumentów, które będą spełniały oczekiwania Zamawiającego i umożliwią mu ocenę przedłożonych przez Odwołującego dokumentów;3) wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów pozbawionych braków i wad, które zostały załączone do oferty Odwołującego;4) kolejne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. wezwanie pomimo uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18.10.2012 r. przez załączenie zobowiązań z dnia 11 września 2012 r. zaktualizowanych w dniu 23.10.2012 r.

W konsekwencji powyższego, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 29 października 2012 r., tj. wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia i wniesieniu środka ochrony prawnej w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Prowadzi działalność gospodarczą i w sposób profesjonalny zajmuje się wykonywaniem robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. W konsekwencji powyższego, Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia.

Odwołujący podniósł, że dokonana przez Zamawiającego czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, pismem z dnia 29 października 2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bez wskazania braków czy błędów w zakresie dokumentów, których uzupełnienia żąda Zamawiający oraz bez wskazania w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości przyczyn żądania uzupełnienia dokumentów w sposób umożliwiający Odwołującemu spełnienie oczekiwań Zamawiającego, naraża Odwołującego na poniesienie szkody w postaci zatrzymania wadium lub wykluczenia z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że złożył ofertę wraz z wymaganymi, zgodnie z SIWZ, dokumentami (w formie przewidzianej w SIWZ) potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z 29 października 2012 r., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Tomem I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców punkt 8.2.1, 9.1.1 oraz punkt 8.2.2 oraz 9.1.2.tj.: 1) Załącznika nr 4 do SIWZ - wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia; 2) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór wykazu

wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień; 3) Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór wykazu sprzętu i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia.

Wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń odnosiło się do oświadczeń i dokumentów załączonych przez Odwołującego do oferty.

Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, jakich dokumentów i oświadczeń brak jest w ofercie Odwołującego, nie wyjaśnił, czy złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty są wadliwe, nie opisał dlaczego i jakie dokumenty i oświadczenia uznaje za wadliwe, czy brakujące. Odwołujący nie uzyskał informacji, z jakich przyczyn Zamawiający żąda złożenia dokumentów i oświadczeń, które zostały załączone do oferty.

W konsekwencji powyższego, Odwołujący nie posiadał i nie posiada stosownej wiedzy, która umożliwiłaby Odwołującemu należyte wykonanie czynności żądanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29 października 2012 r., tj. w sposób, który umożliwi Zamawiającemu ocenę ofert z poszanowaniem zasady Pzp wyrażonej w art. 7 ust. 1 oraz bez narażenia się na konsekwencje finansowe w postaci utraty wadium.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w przypadku, gdy wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów w określonym terminie lub też w sytuacji, w której dokumenty zostały złożone we wskazanym terminie, jednakże są dokumentami wadliwymi. Powołał się na orzecznictwo Izby w zakresie okoliczności i treści konstruowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wskazując wyroki: z 08.02.2011 r., sygn. akt 156/11; z 06.12.2011 r., sygn. akt 2509/11; z 08.12.2011 r., sygn. akt 2511/11; z 14.11.2011 r., sygn. akt 2335/11; z 14.07.2010 r., sygn. akt 1359/10; z 13.07.2010 r., sygn. akt 1307/10; z 18.08.2010 r., sygn. akt 1652/10.

Odwołujący stwierdził, że w toku postępowania sytuacja, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie wystąpiła. Dokumenty, których złożenia żąda Zamawiający zostały przez Odwołującego złożone wraz z ofertą w terminie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Zatem, czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 29.10.2012 r. została dokonana w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa. Zdaniem Odwołującego nie zachodzą przesłanki do wezwania do uzupełnienia braków, o których stanowi art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 18 października 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących

oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Na tle powyższego wezwania zachodzi sprzeczność czynności Zamawiającego z czynnością z dnia 29 października 2012 r. Skoro, Zamawiający żądał wyjaśnienia treści załączonych do oferty dokumentów i oświadczeń, to oznacza, że Odwołujący złożył żądane dokumenty, a więc niezrozumiałe, niejasne i nieprecyzyjne jest dla Odwołującego ponowne żądanie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący, pismem z dnia 25 października 2012 r., złożył stosowne wyjaśnienia jednocześnie uzupełniając dokumenty załączone do oferty dodatkowymi trzema zobowiązaniami podmiotu przy udziale, którego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, Odwołujący wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego, w wyniku udzielenia wyjaśnień pismem z dnia 25 października 2012 r. Odwołujący uzupełnił zakres dokumentów mających wpływ na ocenę spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje brakiem możliwości ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (pismem z dnia 29 października 2012 r.). Na marginesie, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie jest upoważniony do merytorycznej weryfikacji treści oświadczeń podmiotów zobowiązujących się do zapewnienia wiedzy i doświadczenia (i spełniania pozostałych warunków udziału w postępowaniu), udostępnianych na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. Merytoryczna ocena zdolności podmiotów trzecich do zapewnienia dysponowania zasobami przez te podmioty dokonywana przez Zamawiającego, jest niezgodna z treścią rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może wymagać zamawiający od wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą w Krakowie, uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podał w szczególności, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wynika z obowiązku Zamawiającego określonego w ustawie, w sytuacji, gdy Odwołujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, innego podmiotu, a podmiot ten ogłosił upadłość z możliwością zawarcia układu. Podniósł, że w sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem udzielającym zasobów, jak np. doświadczenie, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielania bez bezpośredniego zaangażowania danego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument udostępnienia zasobu powinien zawierać wiążące zadeklarowanie uczestnictwa tego

podmiotu w wykonaniu zamówienia. Przy czym realność uczestnictwa, musi zostać wykazana w sposób podany przez Zamawiającego. Wskazał, że z przepisu art. 26 ust. 3 Pzp wynika wprost, że udostępnienie zasobów innego podmiotu musi nastąpić na okres wykonywania zamówienia. Powołał się na wyrok Izby z 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 471/11, który dotyczył stanu faktycznego, gdzie Zamawiający był także zamawiającym w tamtym postępowaniu i Izba nakazała wykluczenie z postępowania wykonawcy polegającego na zasobach innego podmiotu, wobec zgłoszenia przez ten podmiot wniosku o upadłość. Podmiot miał brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze dotyczy czynności dokonanej przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Zamawiający nie podjął jeszcze żadnych czynności, które zmieniłyby status Odwołującego, czy innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Odwołujący składając ofertę posłużył się w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zasobami innego podmiotu, tj. Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie, składając 3 października 2012 r. wraz z ofertą 3 zobowiązania wskazanego przedsiębiorstwa z 11 września 2012 r., do udostępnienia: wykonanych robót budowlanych, sprzętu i osoby do kierowania robotami budowlanymi na stanowisku kierownika budowy.

Zamawiający wezwał Odwołującego pismem 18 października 2012r., na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień odnośnie załączonych do oferty dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podając, że „W złożonej przez Wykonawcę ofercie wymagane przez Zamawiającego warunki odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostały spełnione zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązania złożone zostały przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, które zgodnie z ogłoszeniem w Monitorze Sądowym i Gospodarczym Nr 184 (4049) z dnia 21 września 2012 r., poz. 12481, ogłosiło upadłość z możliwością zawarcia układu”.

Odwołujący złożył 25 października 2012 r. w wyznaczonym terminie, swoje pismo z 25 października 2012 r., załączył pismo Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z 24 października 2012 r., z dopiskiem w nazwie przedsiębiorstwa „w upadłości układowej”, w którym podano, że „złożenie oświadczeń w zakresie zaciągniętych wobec Budimex Budownictwo Sp. z o.o. zobowiązań zaakceptowane zostało przez Nadzorcę Sądowego Spółki w trybie art. 76 ust. 3 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze”. Do pisma załączone zostały 3 zobowiązania z 11 września 2012 r., z dopiskiem „zaktualizowane w dniu 23.10.2012 r. w zakresie zaktualizowanej firmy Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. w upadłości układowej uwzględniającej dopisek w „upadłości układowej”.

Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z 29 października 2012 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Tomem I SIWZ- Instrukcje dla Wykonawców punkt 8.2.1, 9.9.1 oraz punkt 8.2.2. oraz 9.1.2, tj. Załącznika nr 4 do SIWZ - wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór wykazu wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień, Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór wykazu sprzętu i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia. W wezwaniu Zamawiający powtórzył w ślad za wezwaniem z 18 października 2012 r., że „W złożonej przez Wykonawcę ofercie wymagane przez Zamawiającego warunki odnośnie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostały spełnione zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązania złożone zostały przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, które zgodnie z ogłoszeniem w Monitorze Sądowym i Gospodarczym Nr 184 (4049) z dnia 21 września 2012 r., poz. 12481, ogłosiło upadłość z możliwością zawarcia układu”.

Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 18 marca 2011 r. KIO 471/11 wydany w sprawie dotyczącej PKP Polskie Linie Kolejowe „(...)w przypadku, gdy inny podmiot zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia, którego realizacja finalnie przewidziana jest do lutego 2016 r. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie daje realnego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania

zamówienia przez konsorcjum „K”, pozostanie do jego dyspozycji”.

Zamawiający określił termin uzupełnienia do dnia 5 listopada 2012 r., godz. 12:00.

Odwołujący złożył Zamawiającemu 5 listopada 2012 r. pismo wraz z załącznikami.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo procesowe, w którym ustosunkował się do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, podnosząc brak zasadności wezwania z 29 października 2012 r. Wskazał, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp uprawnia do wezwania wykonawcy w razie nie złożenia dokumentów lub złożenia zawierających błędy. Podniósł, że Zamawiający nie żądał, by inny podmiot udostępniający swój zasób brał udział w realizacji zamówienia. Odniósł się do treści art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp podnosząc, że wykładnia gramatyczna przepisu prowadzi do wniosku, że otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości dotyczy wyłącznie wykonawcy, nie zaś podwykonawców, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia. Uznał na podstawie powyższego, że ustawa Pzp nie wyklucza udziału w postępowaniu wykonawcy, który będzie realizował zamówienie z udziałem podwykonawcy, nawet takiego, wobec którego ogłoszono upadłość. Podtrzymał argumentację, że wezwanie jest niewłaściwe, nieprecyzyjne, niejasne, niejednoznaczne i niewskazuje na czym polega błąd. Podniósł w piśmie, a także podkreślił na rozprawie, że przedmiotem postępowania odwoławczego na skutek wniesienia rozpoznawanego odwołania jest wezwanie z dnia 29 października 2012 r., a nie ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy ogłosił w dniu 13 września 2012 r. upadłość Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z możliwością zawarcia układu. Informację o głoszeniu upadłości zamieszczono w Monitorze Sądowym i Gospodarczym w dniu 21 września 2012 r. Odwołujący złożył wraz z ofertą 3 października 2012 r. zobowiązania podmiotu, będącego już w stanie upadłości, bez żadnej wzmianki o zmianie stanu prawnego podmiotu. Na wezwanie Zamawiającego z 18 października 2012 r., w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, Odwołujący złożył ponownie zobowiązania z 11 września 2012 r. z dopiskiem, że podmiot znajduje się w stanie upadłości układowej oraz, że zobowiązanie jest zaktualizowane. Od ogłoszenia upadłości do dnia rozprawy nie został zawarty układ, termin na zgłaszanie wierzytelności upływa 21 listopada 2012 r. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że podmiot w upadłości może zostać ograniczony lub pozbawiony prawa podejmowania decyzji na rzecz syndyka, nadzorca sądowego, sądu czy rady wierzycieli. Odwołujący nie zaprzeczył wyjaśnieniom Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wniósł opozycję przeciw przystąpieniu Przedsiębiorstwa Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba, mając na uwadze, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego złożył najtańszą ofertę w postępowaniu, przy wyłącznym kryterium oceny ofert - cena 100%, a także przy uwzględnieniu zasady koncentracji środków ochrony prawnej, uznała, że wykonawca wskazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba oddaliła opozycję Odwołującego uznając, że Odwołujący nie uprawdopodobnił braku interesu zgłaszającego przystąpienie, uzasadniając swoje stanowisko faktem, że oferta Odwołującego jest 5. w kolejności pod względem ceny i nie zagraża ofercie wykonawcy zgłaszającego przystąpienie.

Zastosowany przez Zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, (...), zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (...).

Wskazany przepis, którego adresatem jest zamawiający, stanowiący jednocześnie gwarancję wobec wykonawców, że nie zostaną wykluczeni z postępowania bez możliwości dokonania czynności naprawczych (ewentualne niewłaściwości w ofertach zostaną usunięte na tym etapie postępowania), zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy w razie braku w ofercie dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających błędy, nie precyzując rodzaju i zakresu błędów. W drodze wykładni dotyczącej stosowania ustawy Pzp przyjęto, że wezwanie ma miejsce również w razie złożenia oświadczeń lub dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie z kolei zwrócono uwagę na precyzyjność wezwania, którego treść nie powinna nasuwać żadnych wątpliwości, co do oczekiwań zamawiającego.

Z przedstawionych chronologicznie zdarzeń wynika, że stanowisko Odwołującego, co do braku rozeznania okoliczności i przyczyn wezwania, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie może być uwzględnione. Zamawiający wskazał w wezwaniu z 29 października 2012 r. podstawę prawną wezwania, co jest o tyle istotne, że przekazuje informację o niewłaściwości złożonych oświadczeń i dokumentów, wskazał oświadczenia i dokumenty, jakie należy złożyć, podał, że

wezwanie związane jest ze złożeniem w ofercie zobowiązań Przedsiębiorstwa Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. wobec Odwołującego na podstawie art. 26 ust.2b Pzp oraz, że wobec tego przedsiębiorstwa została ogłoszona upadłość z możliwością zawarcia układu. Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 471/11, wydany w sprawie Zamawiającego, w analogicznym stanie faktycznym, cytując zasadniczą treść uzasadnienia, z której wynika, że „(...) w przypadku, gdy inny podmiot zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia, którego realizacja finalnie przewidziana jest do lutego 2016 r. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie daje realnego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez konsorcjum „K” pozostanie do jego dyspozycji.”

Skuteczność wezwania, co do treści i formy pisma, należy ocenić w zależności od konkretnego stanu faktycznego sprawy, z uwzględnieniem okoliczności występujących po stronie odbiorcy wezwania - wykonawcy do którego jest kierowane, w tym przypadku do profesjonalnego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu posługując się rozwiązaniami prawnymi przyjętymi w ustawie Pzp. Wezwanie jest, w świetle okoliczności sprawy, jasne i jednoznaczne.

Treść merytoryczna wezwania, spowodowana ogłoszeniem upadłości podmiotu udostępniającego swój zasób Odwołującemu na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, znajduje uzasadnienie, w ocenie Izby, w treści przepisu art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawców w stosunku, do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację, majątku upadłego. Przepis ten oznacza, że wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji w nim określonej, nie dają gwarancji wykonania zamówienia i podlegają eliminacji z postępowania na etapie kwalifikacji podmiotowej.

Z kolei przepis art. 26 ust.2b Pzp stanowiący o możliwości korzystania z zasobów innego podmiotu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymienionych w tym przepisie, zobowiązuje wykonawcę korzystającego z zasobów do udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi

do realizacji zamówienia, w szczególności w robotach budowlanych przez udział w realizacji zamówienia w charakterze, np. podwykonawcy.

Posłużenie się zasobami innego podmiotu obciąża wykonawcę korzystającego z zasobów odpowiedzialnością i skutkami takimi samymi za udostępniony zasób, jak za swój zasób, w tym przypadku, wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, czy osoby zdolne do wykonania zamówienia. Odwołujący, jako wykonawca korzystający z zasobów innego podmiotu, oceniany jest pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, z zastosowaniem tych samych kryteriów, jakie odnoszą się do wykonawcy wskazującego wyłącznie swoje zasoby.

Skoro wykonawca, będący w stanie upadłości w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega wykluczeniu z postępowania, nie można przyjąć za zasadne stanowiska, że inny podmiot, który pozostaje w stanie upadłości wskazanej w tym przepisie, w sposób skuteczny udostępni zasoby na czas realizacji zamówienia, w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 18 marca 2011 r., sygn. akt 471/11, w którym Izba w adekwatnym stanie faktycznym do rozpoznawanego, z udziałem tego samego Zamawiającego orzekła, że „Należało więc uznać, że w przypadku, gdy inny podmiot zobowiązujący się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, składa wniosek o ogłoszenie upadłości, nie można przyjąć, że takie oświadczenie zapewnia uczestnictwo i udostępnienie wiedzy i doświadczenia na czas wykonania zamówienia, którego realizacja finalnie przewidziana jest do lutego 2016 r. Przedsiębiorca składający własny wniosek o ogłoszenie upadłości, niezależnie od tego, czy wniosek dotyczy upadłości likwidacyjnej lub z możliwością zawarcia układu, nie daje realnego zapewnienia, że przez cały okres wykonywania zamówienia przez konsorcjum Kolmen, pozostanie do jego dyspozycji. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że złożenie wniosku własnego o upadłość wyraża przekonanie przedsiębiorcy, że sytuacja majątkowa tego podmiotu gospodarczego, nie pozwala na pełne wywiązywanie się z istniejących zobowiązań, a dalsze warunki prowadzenia działalności gospodarczej są trudne do prognozowania.”

W ocenie powyższego nie ma znaczenia, że w cytowanym wyroku wskazano datę realizacji robót do lutego 2016 r., a w rozpoznawanej sprawie przewidziano, jako październik 2013 r. Znaczenie ma fakt, że w okresie realizacji zamówienia zmianie ulega stan majątkowy podmiotu oraz, że podmiot może dokonywać czynności wyłącznie za zgodą innych organów (art. 76 ust. 3 Prawa upadłościowego i naprawczego).

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego wyrażone w końcowej części odwołania, że „Zamawiający nie jest upoważniony do merytorycznej weryfikacji treści oświadczeń podmiotów zobowiązujących się do zapewnienia wiedzy i doświadczenia (i spełniania pozostałych warunków udziału w postępowaniu) udostępnianych na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. Merytoryczna ocena zdolności podmiotów trzecich do zapewnienia dysponowania zasobami przez te podmioty dokonywana przez Zamawiającego jest niezgodna z treścią rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może wymagać Zamawiający od Wykonawcy”. Zdaniem Izby, przeciwnie, Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale zobowiązany do weryfikacji zobowiązań innego podmiotu. Wynika to z faktu, że wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...), a więc zamawiający uznaje udowodnienie za wystarczające, lub nie, stąd podstawa do nieodzownej weryfikacji. Należy podkreślić, że obowiązek posiadania pisemnego zobowiązania podmiotu wynika z art. 26 ust. 2b Pzp, przepisy rozporządzenia, o którym mowa w odwołaniu, nie mają zastosowania w przedmiocie zobowiązania.

Mając na uwadze powyższe, należało uznać, że wezwanie Zamawiającego z 29 października 2012 r. jest zasadne.

Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu należy do Zamawiającego.

Oceniając legitymację czynną do wniesienia odwołania, Izba miała na uwadze, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, wymagającym od wykonawcy wykazania poniesienia szkody rozumianej wyłącznie, jako szkody majątkowej, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jako czynność w toku badania i oceny ofert, której efektem jest ocena ofert i w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty lub unieważnienie postępowania, sama w sobie nie powoduje powstania szkody po stronie Odwołującego. Możliwość taka może wystąpić w przypadku niekorzystnej dla interesu Odwołującego oceny jego oferty dokonanej w toku badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Omawiana przesłanka nie stanowiła samodzielnej podstawy oddalenia odwołania.

Reasumując powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów § 3 pkt 1 lit. a 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). Zamawiający nie przedłożył rachunku do akt sprawy określającego wysokość wynagrodzenia pełnomocnika, mimo wniosku w odpowiedzi na odwołanie o przyznanie Zamawiającemu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: