

Sygn. akt: KIO 2720/17

WYROK

z dnia 16 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **S. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Waterworld S. G., ul. Grenady 9/38; 01-154 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń,**

przy udziale wykonawcy **K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Lireco K. K., ul. Grochowa 10; 81-017 Gdynia,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Waterworld S. G., ul. Grenady 9/38; 01-154 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Waterworld S. G., ul. Grenady 9/38; 01-154 Warszawa,** 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 r., 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usług w zakresie kompleksowej usługi technicznej i bieżących napraw instalacji technologicznych basenów, czyszczenie niecek basenowych Uniwersyteckiego Centrum Sportowego UMK w Toruniu w terminie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2019 r. wraz z sukcesywną dostawą chemii basenowej”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 listopada 2017 r., pod numerem 625109-N-2017

Dnia 20 grudnia 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 27 grudnia 2017 roku wykonawca S. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Waterworld S. G. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru i poinformowanie o dokonaniu wyboru Lireco K. K., z siedzibą w Gdyni, ul. Grochowska 10, (dalej jako „Lireco” lub „Lireco K. K.”), jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołującego, albowiem Lireco” powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty Lireco oraz wykluczenia tego wykonawcy, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udział w postępowaniu, opisanego w rozdziale V ust. 1.2) lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) dot. zdolności zawodowej,
3. naruszenie art. 87 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie Lireco do uzupełnienia dokumentu Zobowiązania do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci CD TELETECHNIKA M. Ł. i wykorzystanie instytucji uzupełnienia dokumentu do zmiany pierwotnie złożonej oferty,
4. naruszenie art. 22a ust. 6 w związku z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wezwania Lireco do uzupełnienia dokumentu

- Zobowiązania do udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci - CD TELETECHNIKA M. Ł., w sytuacji kiedy art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich,
5. naruszenie art. 22a ust. 2 w związku z art. 22a ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i niewykluczenie Lireco z udziału w postępowaniu w sytuacji kiedy podmiot trzeci - CD TELETECHNIKA M. Ł. jak wynika ze Zobowiązania do udostępnienia potencjału z dnia 7 grudnia 2017 r. nie będzie realizował usług dla których jego zdolności zostały udostępnione,
 6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp, w wyniku wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu z wykorzystaniem potencjału podmiotu trzeciego CD TELETECHNIKA M. Ł. - CD TELETECHNIKA M. Ł. nie posiada wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, a wykonawca Lireco w wyniku niedbalstwa lub zamierzonego działania bądź lekkomyślności czy też w wyniku zatajenia informacji, wprowadził zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu,
 7. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty Lireco oraz wykluczenia tego wykonawcy, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisanych w rozdziale V ust. 1.2) lit. a) s.i.w.z. dot. ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdzie suma gwarancyjna opiewa na kwotę nie niższą niż 300 000,00 PLN.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty - Lireco, jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie i odrzucenie oferty Lireco oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Tym samym, naruszenie wskazanych przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania. Uchybienia dokonane przez zamawiającego mogą zostać naprawione

poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, wskazanymi w odwołaniu.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że wykonawca LIRECO K. K. złożył ofertę, w której oświadczył, że usługi objęte zamówieniem w niżej określonym zakresie zamierza powierzyć podwykonawcy. Wykonawca LIRECO w ten sposób określił zakres zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy, tj. *„Wiedza i doświadczenie polegające na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej świadczone przez co najmniej 12 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 (zgodnie ze zobowiązaniem)”*. Wykonawca LIRECO załączył do oferty – Zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podpisane przez M. Ł. - CD TELETECHNIKA w którym zakres udostępnienia został określony jako: „1) Wiedza i doświadczenie niezbędne do wykonania Zamówienia, 2) Potencjał techniczny, niezbędny do wykonania Zamówienia, 3) Zasób ludzki.” (dowód: Formularz oferty - LIRECO K. K., Zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podpisane przez M. Ł. - CD TELETECHNIKA z dnia 7 grudnia 2017 r.).

Zdaniem odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu podmiot trzeci powinien sam (jako podwykonawca) zrealizować usługi polegające na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej. Tym samym nie jest wystarczające udostępnienie przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia w celu wykazania, że wykonawca będzie mógł realnie polegać w trakcie realizacji zamówienia na zasobach podmiotu trzeciego. Ponadto wiedza i doświadczenie polegająca na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej nie jest żadną częścią przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym z tego powodu, że wykonawca LIRECO K. K. nie wykazał, że będzie dysponował podmiotem trzecim CD TELETECHNIKA M. Ł. jako podwykonawcą, który wykona usługi w zakresie których udostępnił swój potencjał zawodowy - powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 22a ust. 2 w związku z art. 22a ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, nie może prowadzić do obejścia przepisów art. 87 tejże ustawy. Zależność obu przepisów jest niewątpliwa i stosowanie procedury uzupełnienia braków w ofercie nie może służyć wykonawcom, jako narzędzie do zmiany pierwotnie złożonych ofert. Umożliwienie takiego działania prowadziłoby do paraliżu postępowania przetargowego, gdyż każdy z wykonawców mógłby zmieniać pierwotnie zadeklarowany sposób wykonania zamówienia powołując się na różnorodne okoliczności. Stałoby to w sprzeczności z zasadą wyrażoną przez ustawodawcę w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę niezmienności złożonych ofert (wyrok z dnia 22 sierpnia 2016 r., KIO 1453/16).

W ocenie odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów datowane na 15 grudnia 2017 r. skierowane przez zamawiającego do LIRECO K. K. było nieuzasadnione i narusza art. 7 oraz art. 22 a ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Ze złożonej oferty LIRECO K. K. oraz z załączonego do oferty Zobowiązania w żaden sposób nie można wywieść, że podmiot trzeci zrealizuje usługi dla których jego zdolności są wymagane.

Uzupełnione przez wykonawcę LIRECO K. K. Zobowiązanie, datowane na dzień 18 grudnia 2017 r. zupełnie inaczej określa zakres udostępnienia potencjału przez M. Ł. CD TELETECHNIKA na rzecz wykonawcy LIRECO K. K. niż to miało miejsce w pierwotnym zobowiązaniu (dowód: wezwanie do uzupełnienia dokumentów datowane na 15 grudnia 2017 r., Zobowiązanie datowane na dzień 18 grudnia 2017 r.). Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z oświadczeniem LIRECO zawartym w formularzu oferty (pkt 9) wskazanie części zamówienia, którą powierza podwykonawcom zdefiniował on jako: „*Wiedza i doświadczenie polegające na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej świadczone przez co najmniej 12 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 (zgodnie*

ze zobowiązaniem).”. Zmiana Zobowiązania wiąże się zatem w sposób oczywisty ze zmianą treści oferty LIRECO K. K. . Dokonując oceny tych zarzutów, jak i czynności zamawiającego, do których te zarzuty się odnoszą, odwołujący powołał się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także jako "Trybunał") wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C - 387/14 (tzw. wyrok w sprawie Esaprojekt).

W przedmiotowym postępowaniu Zobowiązanie zostało złożone łącznie z oferta i w związku z powyższym brak jest podstaw aby po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa, zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp, w wyniku wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu z wykorzystaniem potencjału podmiotu trzeciego CD Teletechnika M. Ł., odwołujący podniósł, iż CD Teletechnika M. Ł. nie posiada wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, a wykonawca Lireco w wyniku niedbalstwa lub zamierzonego działania bądź lekkomyślności, czy też w wyniku zatajenia informacji, wprowadził zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

Zgodnie z ofertą Lireco, wykonawca ten powołał się na zobowiązanie do udostępnienia potencjału podpisane przez M. Ł.- CD TELETECHNIKA oraz załączył wykaz usług i wskazał dwie usługi dla Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu (PARIS) Centrum Onkologii w Bydgoszczy, a także załączył referencje wystawione dla CD TELETECHNIKA.

W związku z powyższym należy podnieść, że zgodnie z informacją z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej (CEIDG) na rynku działają dwa podmioty o nazwie CD TELETECHNIKA (dowód: CEIDG – M. Ł. - CD TELETECHNIKA, CEIDG – M. Ł.-CD TELETECHNIKA). Z załączonych do oferty Lireco referencji nie wynika, że dotyczą one podmiotu M. Ł. - CD TELETECHNIKA.

Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z pkt V ppkt 1.2) lit. b) s.i.w.z. wykonawca zobowiązany był wykazać, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej 2 usługi polegające na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej świadczone przez co najmniej 12 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 (słownie: trzysta tysięcy, 00/100) PLN brutto rocznie każda.

Wykonawca Lireco załączył do swojej oferty wykaz usług w którym wskazał dwie usługi:

1. Kompleksowa obsługa techniczna instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej na rzecz Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu (PARIS) Centrum Onkologii w Bydgoszczy, realizowaną w okresie od 2016 r. do 2017 r. o wartości 326 520,00 zł,
2. Kompleksowa obsługa techniczna instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej na rzecz Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu (PARIS) Centrum Onkologii w Bydgoszczy, realizowaną w okresie od 2014 r. do 2016 r. o wartości 745 398,00 zł.

(dowód: Wykaz usług – Lireco).

W ocenie odwołującego wartość usług polegających na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej wykazanych w referencjach jest mniejszej niż wymagane 300 000,00 PLN, a wykonawca Lireco w wyniku niedbalstwa lub zamierzonego działania bądź lekkomyślności czy też w wyniku zatajenia informacji, wprowadził zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Jak wynika np.: z załącznika nr 4 do s.i.w.z. - Formularz cenowy w postępowaniu z 2014 r. o nr sprawy 637/P/2014 - usługi związane z „Technologią wody basenowej” stanowiły tylko jedną pozycję w rozbudowanym formularzu cenowym (dowód: załącznik nr 4 do s.i.w.z. w postępowaniu z 2014 r. o nr sprawy 637/P/2014 - Formularz cenowy – wzór). Jak wynika z powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 2014 r. o nr sprawy 637/P/2014 zamówienie uzyskała CD TELETECHNIKA za cenę 905 280,00 zł. Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 2016 r. o nr sprawy 920/P/2016 zamówienie uzyskała CD TELETECHNIKA za cenę 499 990,08 zł.

W związku z powyższym informacja, że wartość usług obsługa techniczna instalacji technologicznej basenu oraz konserwacji niecek basenowych ze stali kwasoodpornej w ramach umowy w postępowaniu o nr sprawy 637/P/2014 w skali 24 miesięcy wynosiła 745 398,00 zł jest nieprawdziwa. Analogicznie w postępowaniu z 2016 r. o nr sprawy 920/P/2016 podana w wykazie usług kwota 326 520,00 zł w skali 12 miesięcy również nie ma potwierdzenia w świetle załączonych dowodów.

Ponadto w ogóle wskazane doświadczenie nie potwierdza, że obejmowało ono konserwację niecek basenowych ze stali kwasoodpornej w zakresie wymaganym w s.i.w.z., co wynika załączonych specyfikacji w postępowaniach z 2016 r. o nr sprawy 920/P/2016 oraz z 2014 r. o nr sprawy 637/P/2014.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty Lireco oraz

wykluczenia tego wykonawcy, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udział w postępowaniu, opisanych w rozdziale V ust. 1.2. lit. a) s.i.w.z. dot. ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdzie suma gwarancyjna opiewa na kwotę nie niższą niż 300 000,00 PLN odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1.2) lit. a) s.i.w.z., zamawiający postawił warunek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdzie suma gwarancyjna opiewa na kwotę nie niższą niż 300 000,00 PLN; Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie kompleksowej usługi technicznej i bieżących napraw instalacji technologicznych basenów, czyszczenie niecek basenowych Uniwersyteckiego Centrum Sportowego UMK w Toruniu w 2018 roku wraz z sukcesywną dostawą chemii basenowej. Zdaniem odwołującego, działalność gospodarcza związana z tak opisanym przedmiotem zamówienia jest sklasyfikowana w dziale 36 PKD jako Pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody. W szczególności podklasa 36.00.Z obejmuje uzdatnianie wody dla celów przemysłowych i innych oraz obsługę systemów irygacyjnych. Analiza oferty Lireco nie potwierdza jednak, aby zakres wymaganego ubezpieczenie OC wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności związany był z przedmiotem zamówienia. Działalność objęta ochroną ubezpieczeniową wskazana w Polisie serii K nr 03002315 wskazuje, że jest to: naprawa i konserwacja metalowych wyrobów gotowych, wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych etc., sprzątanie budynków, działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni i pozostała działalność gdzie indziej niesklasyfikowana. Ww. zakres prowadzonej i ubezpieczonej działalności nie jest związany z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jest oczywistym, że polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy, ale powinna potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zagadnienie to powinno być za każdym razem przedmiotem indywidualnej oceny zamawiającego, tym niemniej w przypadku przedmiotowego postępowania nie było.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Powyższe zostało także w przedmiotowym postępowaniu powtórzone przez zamawiającego, który w rozdziale V ust. 6 s.i.w.z. wyjaśnił, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przystępujący w zakresie wskazanego warunku załączył do oferty zobowiązanie do udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego - CD Teletechnika M. Ł., jednocześnie z formularzu ofertowym wskazując, że będzie to podwykonawca w zakresie udostępnionego potencjału.

Zdaniem Izby, zamawiający miał prawo, a wręcz obowiązek, do zwrócenia się do przystępującego o uzupełnienie dokumentu Zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby, gdy powziął wątpliwości co do jego treści.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Przepis powyższy dotyczy zatem sytuacji, w której wykonawca pomimo obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów, wynikających z ustawy Pzp, lub wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 ustawy Pzp, nie złożył powyższych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości (UZP - Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji, Warszawa 2016).

Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, że obowiązek wezwania przez zamawiającego wykonawcy do uzupełnienia wadliwego dokumentu, wynika wprost z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, oraz z faktu, iż w ramach prowadzonego postępowania, po nowelizacji przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2016 roku, wykonawca składa wraz z ofertą wstępne oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem takie oświadczenie, w tym przypadku oświadczenie wraz ze zobowiązaniem ma charakter wstępny, to po ustaleniu rankingu ofert (art. 24aa ust.

1 ustawy Pzp) zamawiający ma obowiązek wezwać takiego wykonawcę do złożenia ostatecznych dokumentów. W przedmiotowej sprawie mamy właśnie do czynienia z omawianą sytuacją. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż w przedmiotowej sprawie występują okoliczności tożsame z przywołanym wyrokiem TS UE – Esaprojekt, albowiem w ocenie Izby w rzeczonym wyroku Trybunał odniósł się do zupełnie innej kwestii, nie związanej z okolicznościami wynikającymi z przedmiotowego stanu faktycznego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez brak udowodnienia elementu związanego z wartością wykazywanych usług referencyjnych, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w treści s.i.w.z. posłużył się opisem warunku, który to opis definiował w sposób ogólny wymagania zamawiającego, co możliwości wykazania się stosownym doświadczeniem. Oceniając przedmiotowy zarzut konieczne jest zatem odniesienie się do treści przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Powyższe oznacza, że zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu podaje wymagania, które muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz zamawiający musi opisać minimalne poziomy zdolności. Tak też uczynił zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Nie może również ująć uwadze okoliczność, że minimalne warunki dotyczą przedmiotu zamówienia jako całości, a zatem ocena spełnienia warunku musi odnosić się do całości przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem minimalnych poziomów zdolności. Skoro zatem zamawiający podał, iż wykonawca ma legitymować się doświadczeniem w usłudze polegającej na obsłudze technicznej instalacji technologicznej basenu, to oznacza, że w zakres tej usługi mają wchodzić czynności z taką obsługą wykonywane, tj. instalacja teletechniczna, instalacja ciepła, instalacja grzewcza, instalacja wentylacji i klimatyzacji, instalacja wodno-kanalizacyjna, czy instalacja wody basenowej. Izba za właściwe i prawidłowe uznała wyjaśnienia zamawiającego w tej kwestii, wskazując iż odwołujący, z wiadomych dla siebie przyczyn (chęć pozyskania przedmiotowego zamówienia) ogranicza, traktuje wybiórczo warunek opisany przez zamawiającego. Nadto dowody złożone przez odwołujący wręcz potwierdzają stanowisko zamawiającego albowiem poświadczają, że podmiot z którego zasobów zamierza skorzystać przystępujący, wykonywał całe spektrum czynności związanych z realizacją zamówienia. Również wartościowo przedmiot usług referencyjnych odpowiada wymaganiom zamawiającego, czego dowodem jest oświadczenie podmiotu, złożone przez przystępującego na rozprawie.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego niewłaściwej polisy OC, to na wstępie stwierdzić należy, że zarzut z gruntu nie jest zasadny, albowiem odwołujący względem tego zarzutu nie stawia naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co w przypadku polisy OC, w przypadku stwierdzenia jej wadliwości należałoby postawić. Odwołujący natomiast ze względu na stwierdzenie, w jego ocenie wadliwości tego dokumentu, stawia zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, co jest zarzutem najdalej idącym. Natomiast jak to wynika z dotychczasowej linii orzeczniczej, dokument polisy OC jest dokumentem tzw. uzupełnialnym, co oznacza, że w przypadku stwierdzenia wadliwości tego dokumentu, pierwszą czynnością zamawiającego, jest wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia.

Merytorycznie odnosząc się do treści tego dokumentu, to w ocenie Izby, polisa OC przedstawiona przez przystępującego odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego oraz tym wynikającym wprost z przepisów prawa. Wskazać bowiem należy, że treść polisy odnosi się do działalności gospodarczej tego wykonawcy i związana jest ona z przedmiotem zamówienia, gdyż dwa pierwsze numery klasyfikacji PKD, tj. 33.11.Z oraz 43.22.Z dotyczą przedmiotu zamówienia, albowiem odnoszą się do: naprawy i konserwacji metalowych wyrobów gotowych (w tym przypadku np. niecki basenowej) oraz wykonywania instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych (czyli związanych z przedmiotem usług rozumianych w ten sposób, że skoro wykonawca wykonuje dane instalacje to również sprawuje nad nimi kontrolę poprzez ich serwis i konserwację).

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut dotyczący braku możliwości zidentyfikowania wykonawcy, dla którego zostały wystawione referencje, albowiem odwołujący na rozprawie wycofał ten zarzut.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: