

Sygn. akt: KIO 1327/14

## WYROK

z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** **Bogdan Artymowicz**

**Członkowie:** **Barbara Bettman**

**Renata Tubisz**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2014 r. przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warszawski, 00-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego, **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11a**, na rzecz Przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm: **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa**, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złoty zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Warszawski prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wybór wykonawcy na zaprojektowanie (projekt wykonawczy) i budowę drugiego etapu budynku Wydziału Fizyki Uniwersytetu Warszawskiego – Centrum Nowych Technologii Ochota – CeNT II.2.

W dniu 27 czerwca 2014 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. złożył odwołanie wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie [dalej także, jako „Konsorcjum Aldesa”].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, iż Konsorcjum Aldesa spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aldesa mimo złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez uwzględnienie uzupełnionych przez Konsorcjum Aldesa dokumentów podmiotu trzeciego, mimo, że zostały one sporządzone po upływie terminu składania ofert;
- 4) art. 26 ust. 2b Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum Aldesa może polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego mimo nie udowodnienia, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i nie przedłożenia wymaganych dokumentów;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dopuszczenie do konkurencji ze sobą wykonawców wiarygodnych, wykazujących wymaganą wiedzę i doświadczenie z wykonawcą, który nie mając koniecznego potencjału i doświadczenia nie konkuruje z wiarygodnymi podmiotami na równych zasadach.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż Konsorcjum Aldesa wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powołał się na realizację Centrum Handlowego Gran Plaza II wskazując, iż jest to budynek wiel kondygnacyjny (5 kondygnacji: 3 naziemne oraz 2 podziemne). Odwołujący stwierdził, iż Centrum Handlowe Gran Plaza II wykonane przez Aldesa Construcciones S.A. członka

Konsorcjum Aldesa ma 3 kondygnacje, w tym jedną podziemną. Tym samym Konsorcjum Aldesa podając liczbę kondygnacji przedstawiło informacje nieprawdziwe. W ocenie Odwołującego nie może być również mowy o popełnieniu omyłki gdyż wykonawca samodzielnie opisał parametry obiektu, zarówno liczbę jak i powierzchnie wymaganych kondygnacji. Zdaniem Odwołującego nie można również zgodzić się, że Konsorcjum Aldesa przedstawiło te informacje bez intencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż i tak w rzeczywistości spełnia warunki udziału w postępowaniu, choć w ocenie Odwołującego również uzupełnione dokumenty spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie potwierdzają. Tym samym w ocenie Odwołującego nie można uznać, iż Konsorcjum Aldesa nie miało świadomości składania nieprawdziwych informacji lub, że nie miało intencji wpłynięcia na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Aldesa świadomie i z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd przedstawiło informacje nieprawdziwe. W zakresie robót referencyjnych wymienionych w wykazie uzupełnionym przez Konsorcjum Aldesa, Odwołujący wskazywał, iż Konsorcjum powołało się na budowę kinoteatru, podczas gdy obiekt wskazany przez Konsorcjum został zbudowany na początku XX wieku i od dawna znajduje się w rejestrze zabytków. Tym samym nie można uznać, iż członek Konsorcjum budował kubaturowy obiekt użyteczności publicznej, nie wykonał również odbudowy ani rozbudowy czy nadbudowy tego obiektu. Informacje podane przez Konsorcjum należy uznać za nieprawdziwe. W ocenie Odwołującego członek Konsorcjum nie wykonał również kompleksowej przebudowy obiektu rozumianej, jako wykonanie robót budowlanych w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Odwołujący wskazywał, iż przedmiotem zamówienia wykonanego przez członka Konsorcjum było wykonanie prac restauracyjnych w obiekcie objętym ochroną konserwatorską, odrestaurowanie głównej sali konferencyjnej oraz przyległych foyer. Celem wykonanych prac było przywrócenie wartości architektonicznej oraz funkcji budynku. Dalej Odwołujący podnosił, iż wbrew informacji zawartej w wykazie, iż wykonał kompleksową przebudowę budynku Uniwersytetu Papieskiego Comillas, załączone referencje wyraźnie wskazują na węższy zakres wykonanych prac. Zdaniem Odwołującego z referencji wynika, iż członek Konsorcjum Aldesa, Aldesa Construcciones S.A., wykonała część prac w zakresie inżynierii cywilnej a ponadto referencje wymieniają wykonane elementy robót, które prowadzą do wniosku, że przedmiotem umowy było wykonanie stanu surowego obiektu, bez instalacji, białego montażu oraz wszelkich innych prac wykończeniowych. W ocenie Odwołującego tak określony zakres prac nie może być uznany za kompleksową przebudowę. Odnosząc się do możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podnosił, iż uwzględniając przepis art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu podmiotowego i uwzględnić uzupełniony dokument, co do którego można w

sposób obiektywny ustalić, że istniał przed upływem terminu składania ofert. Gdyby więc Konsorcjum Aldesa w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełniło inne swoje referencje a nie powoływało się na potencjał podmiotu trzeciego byłoby to uzupełnienie legalne. Odwołujący wskazywał, iż uzupełnione przez Konsorcjum Aldesa dokumenty są datowane przed upływem terminu składania ofert jednak wszystkie okoliczności uzasadniają przyjęcie, że zostały one antydatowane. Dotyczy to zdaniem Odwołującego Wykazu wykonanych robót jak i zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia Konsorcjum wiedzy i doświadczenia. W przedmiotowym sanie faktycznym zdaniem Odwołującego, nie można w sposób obiektywny ustalić, że uzupełniane dokumenty istniały przed upływem terminu składania ofert, (co jest wystarczające dla nieuwzględnienia uzupełnionych dokumentów), a z dużym prawdopodobieństwem należy stwierdzić, że dokumenty te nie istniały w dniu składania ofert. Ponadto Odwołujący wskazywał również, iż uzupełniając dokumenty o nowy Wykaz, nowe referencje, nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, Konsorcjum Aldesa nie załączyło żadnych dokumentów za wyjątkiem zobowiązania podmiotu trzeciego. W ocenie Odwołującego w treści tego zobowiązania brak jest jakichkolwiek informacji na temat zakresu dostępnych Konsorcjum zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania tych zasobów przez Konsorcjum, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Konsorcjum z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Uniwersytet Warszawski prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wybór wykonawcy na zaprojektowanie (projekt wykonawczy) i budowę drugiego etapu budynku Wydziału Fizyki Uniwersytetu Warszawskiego – Centrum Nowych Technologii Ochota – CeNT II.2.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2014 r., pod numerem 2014/S 081-140797.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, rozdziału I, § 3 ust. 3 pkt 2 Zamawiający wskazał, iż uzna warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeśli:

„(...) wykonawca wykaże, że zrealizował (ukończył) roboty budowlane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Przez „roboty budowlane” należy rozumieć budowę obiektów kubaturowych, wielokondygnacyjnych( co najmniej 5 kondygnacji) w konstrukcji żelbetowej o charakterze użyteczności publicznej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 02.75.690 z późn. zm.) lub ich kompleksową przebudowę.

Wykonawca wykaże:

- jedną ww. „robotę budowlaną” o wartości co najmniej 60.000.000,00 PLN (brutto).  
Wykonany obiekt musi posiadać co najmniej jedną kondygnację podziemną

lub

- trzy ww „roboty budowlane” o wartości co najmniej 25.000.000,00 PLN (brutto) każda, przy czym co najmniej jedna z wykazanych realizacji musi obejmować budowę lub kompleksową przebudowę obiektu obejmującego sale wykładowe lub laboratorium dydaktyczno-badawcze i co najmniej dwa z wykazanych obiektów muszą posiadać minimum jedną kondygnację podziemną.”

Ponadto zgodnie z treścią § 4 ust. 6 i 7 SIWZ w zakresie możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego Zamawiający zastrzegł m.in. iż:

„(...) 6. Zobowiązanie powinno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, wynikające ze specyfiki tego zasobu oraz należy wykazać, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie rzeczywiście nim dysponuje.

7. Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących:

- 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Mostostal Warszawa S.A. na kwotę 68.738.782,80 zł brutto,
- 2) Konsorcjum Aldesa na kwotę 66.586.431,66 zł brutto.

Izba ustaliła, iż Konsorcjum Aldesa w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia załączyło do oferty wykaz robót budowlanych zgodnie z treścią załącznika nr 4 do SIWZ. W wykazie wykonawca powołał się na realizację centrum handlowego Gran Plaza II – budowę wielokondygnacyjnego (5 kondygnacji – 3 naziemne, 90.000 m2 każda oraz 2 podziemne, 69.000 każda) budynku użyteczności publicznej w technologii żelbetowej. Wartość zamówienia to 185.104.584,00 zł. Konsorcjum nie załączyło do oferty dokumentów potwierdzających należyte wykonanie w/w robót.

Pismem z dnia 11 czerwca 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum Aldesa do złożenia poświadczenia lub innego dokumentu, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W tym samym piśmie Zamawiający wskazał, iż w złożonej ofercie brak jest informacji kto wykonywał wskazaną robotę, dlatego w przypadku gdy wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, iż „(...) w przypadku, gdy wykonawca nie posiada dokumentów określających czy robota ta została wykonana w sposób należyty oraz wskazujących czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona, Zamawiający wzywa do wykazania innej roboty – wraz z dokumentami – w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o zakresie i terminach zgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum Aldesa oświadczyło, iż z uwagi na brak możliwości przedstawienia poświadczenia należytego wykonania zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu robót budowlanych- Budowa CH Gran Plaza II zastępuje je innymi zamówieniami odpowiadającymi wymaganiom Zamawiającego. Ponadto Konsorcjum Aldesa oświadczyło, że chcąc wykazać wiedzę i doświadczenie w sposób wyczerpujący i nie budzący wątpliwości Zamawiającego, uzupełniło wykaz robót o dodatkowe pozycje w zakresie wykonywania robót budowlanych. Do wykazu załączono poświadczenia należytego wykonania robót.

W uzupełnionym wykazie Konsorcjum Aldesa przedstawiło następujące roboty:

- 1) Budowa kinoteatru dla Centrum Kultury Fundacji la Caixa Galicia w Vigo. Budowa kubaturowego obiektu użyteczności publicznej 7-kondygnacyjnego (w tym 2 kondygnacje podziemne) w konstrukcji żelbetowej o wartości robót 69.052.584,16 zł brutto,
- 2) Kompleksowa przebudowa kubaturowego obiektu (budynku) w konstrukcji żelbetowej o charakterze użyteczności publicznej, tj. Uniwersytetu Papieskiego Comillas w Contoblanco (Alcobendas) o 4 kondygnacjach naziemnych oraz 3 podziemnych (parking), przebudowa obejmowała sale wykładowe, wartość robót 31.135.812,49 zł brutto,
- 3) Kompleksowa przebudowa dawnego Pawilonu Głównego Szpitala Hospital de Cantoblanco na potrzeby siedziby Fundacji Madryckiego Instytutu Studiów Zaawansowanych Nauk Ścisłych (5 kondygnacji w tym 1 kondygnacja podziemna). Obiekt wyposażony jest w laboratoria dydaktyczno-badawcze. Wartość robót 37.811.559,84 zł brutto,

- 4) Kompleksowa przebudowa szpitala San Juan de Dios de Manresa, Faza I. Obiekt budowlany o 9 kondygnacjach w tym 1 podziemnej. Wartość robót 93.137.203,60 zł brutt. Doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci – Construcciones PAI S.A.,
- 5) Budowa budynku opieki szpitalnej dla osób starszych, 6-kondygnacyjnego w tym 2 kondygnacje podziemne. Wartość robót 87.783.858 zł brutto. Doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci – Construcciones PAI S.A.

Do wykazu załączono również m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego, Construcciones PAI S.A. o udostępnieniu zasobów wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania robót budowlanych zgodnie z § 3 pkt 3. 2) SIWZ. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia został określony jako: „Świadczenie usług polegających na doradztwie, konsultacji, wsparciu merytorycznym w zakresie wykonywania robót budowlanych przez cały okres realizacji zamówienia”. Sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego, przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia został określony jako: „doradztwo, konsultacje, wsparcie merytoryczne w zakresie wykonywania robót budowlanych”. W zobowiązaniu wskazano również, iż podmiot trzeci i wykonawcę będzie łączyła umowa cywilno-prawna.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Aldesa. Ponadto Zamawiający wskazał iż z postępowania nie wykluczono żadnego wykonawcy ani nie odrzucono żadnej ze złożonych ofert.

Powyższe czynności leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 30 czerwca 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Aldesa stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 3 lipca 2014 r., w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 7 lipca 2014 r. przystępujący Konsorcjum Aldesa złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty przedłożone przez Strony oraz Uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

## **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należało stwierdzić, iż w przedmiotowym stanie faktycznym Konsorcjum Aldesa wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tym samym w ocenie Izby nie zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zdaniem Izby, spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdza robota referencyjna wskazana pod pozycją nr 1 uzupełnionego wykazu, a polegająca na budowie kinoteatru dla Centrum Kultury Fundacji la Caixa Galicia w Vigo. Bezsprzecznie wartość robót przewyższała 60 mln zł, a roboty dotyczyły obiektu użyteczności publicznej, co najmniej pięciokondygnacyjnego i zawierającego, co najmniej jedną kondygnację podziemną. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż przedmiot robót obejmował wyłącznie remont kinoteatru, czy wyłącznie prace restauracyjne. O ile bezsprzecznie, członek konsorcjum nie budował kinoteatru od podstaw, to w ocenie Izby z treści dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, ale również i Odwołującego wynika, że wykonał on kompleksową przebudowę wskazanego obiektu. Zgodnie z przytaczanym przez Odwołującego art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Zdaniem Izby w wyniku przebudowy kinoteatru doszło do zmiany parametrów użytkowych gdyż zakres robót obejmował m.in. stworzenie nowego piętra pod dachem, poprzez wykorzystanie istniejącej wysokości pomiędzy sklepieniem głównej Sali kinoteatru a zewnętrzną bryłą, która ma zostać zachowana, na którym umieszczone zostaną części instalacji niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania budynku. Zgodnie z treścią złożonych na rozprawie dokumentów prace związane z odrestaurowaniem budynku kinoteatru poza przywróceniem, wzmocnieniem i zachowaniem wartości architektonicznej budynku prowadziły do wykluczenia funkcji prywatnej budynku co pozwoliło na poszerzenie istniejących foyer i wejść do budynku, w celu dostosowania ich do nowej pojemności Sali głównej kinoteatru. Niewątpliwie prace obejmowały również poszerzenie foyer wejściowego z dodaniem obszaru kawiarni na parterze i z otwarciem otworu o potrójnej wysokości nad

obecnym foyer sali głównej kinoteatru. Dawna strefa biur i mieszkań została przekształcona we foyer o różnych wysokościach połączone pomostami. Ponadto w celu zapewnienia miejsca dla foyer wejściowego piętra przeznaczone na biura i salę projekcyjną zostały poddane całkowitej rozbiórce. W strefie tej przewidziano zastosowanie windy i wybudowanie schodów ewakuacyjnych. Mając na względzie choćby tylko w/w zakres prac, nie sposób uznać, iż prace polegały wyłącznie na remoncie budynku kinoteatru, jego odrestaurowaniu. W ocenie Izby Przystępujący wykazał posiadanie doświadczenia w wykonaniu kompleksowej przebudowy, gdyż zakres wykonanych robót budowlanych prowadził do zmiany parametrów użytkowych istniejącego budynku kinoteatru. Odnośnie stanowiska Odwołującego dotyczącego charakteru robót wskazanych pod pozycją nr 2 uzupełnionego Wykazu robót, Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który za wyjątkiem własnych twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, iż charakter wykonanych robót budowlanych nie odpowiada tym, opisanym w warunku udziału w postępowaniu opisanym w SIWZ. W ocenie Izby za niezasadną należy uznać dokonaną przez Odwołującego interpretację pojęcia „kompleksowa przebudowa” i to czy zakres prac wykonanych przez Przystępującego przy przebudowie budynku Uniwersytetu Papieskiego w tym pojęciu się mieścił. Już z treści samej referencji wynika, iż „(...) na początku prac została wyburzona dobudówka parteru gdzie umiejscowiono nowy budynek. (...) w toku prac rozszerzono projekt o budowę trzypiętrowej konstrukcji w południowej części istniejącego budynku.” Już ten informację, świadczą w ocenie Izby, iż zakres prac był szerszy niż to wskazywał Odwołujący, a dowodu na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujący nie przedłożył

Odnośnie robót wymienionych pod pozycją nr 4 i 5 uzupełnionego przez Przystępującego Wykazu robót, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego uznając, iż Przystępujący nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, na doświadczenie którego się powołał, w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby, zobowiązanie wykonawcy Construcciones PAI S.A. nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów tego podmiotu, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Uwzględniając specyfikę przedmiotowego zamówienia, skomplikowany charakter robót, nie sposób uznać, iż rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, tj. doświadczenia w budowie lub przebudowie określonego obiektu kubaturowego w konstrukcji żelbetowej, o charakterze użyteczności publicznej sprowadzałby się wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego w zakresie wykonania robót budowlanych. Zdaniem Izby, aby można było mówić w realiach przedmiotowego postępowania o rzeczywistym dostępie do zasobów podmiotu trzeciego, udział w realizacji zamówienia musiałby się sprowadzać do jego faktycznego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, np. w formie podwykonawstwa, a nie wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego. W ocenie Izby takie formy udostępnienia potencjału wiedzy i

doświadczenia, przy realizacji tego rodzaju zamówienia, nie mogą prowadzić do wniosku, że wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego dysponuje tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Tym samym nie można było uznać, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia powołując się na potencjał podmiotu trzeciego wskazany pod pozycją 4 i 5 uzupełnionego Wykazu robót. Oczywiście ocena ta nie zmienia zdaniem Izby sytuacji Przystępującego w postępowaniu, gdyż jak wcześniej wskazano spełnianie przez niego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, potwierdza robota referencyjna wymieniona pod pozycją nr 1 uzupełnionego Wykazu robót.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Zdaniem Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym nie można stwierdzić, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji. Nie potwierdza tego ani wykaz robót załączony pierwotnie do oferty Przystępującego, gdzie treść referencji mogła sugerować ilość kondygnacji przyjętą w wykazie, ani wykaz robót złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, gdzie zakres robót wskazany w wykazie odpowiadał faktycznie zrealizowanym robotom. Takich nieprawdziwych informacji, Izba nie dopatryła się również w innych dokumentach złożonych przez Przystępującego. Nie sposób także pominąć, iż poza własnymi twierdzeniami, Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, iż Przystępujący w sposób celowy, zawiniony i zamierzony, faktycznie podał nieprawdziwe informacje w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie Przystępującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do czego Zamawiający był nie tylko

uprawniony, ale i zobligowany. Nie sposób uznać, iż Zamawiający wzywając Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu postawił go w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców, skoro realizował wyłącznie ciężący na nim obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp. Izba wskazuje, iż istotą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń, lub złożył dokumenty lub oświadczenia zawierające błędy, wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie nowych dokumentów lub oświadczeń. Można zgodzić się z Odwołującym, że o ile uzupełnieniu podlegają dokumenty potwierdzające spełnianie warunków, o tyle samo spełnianie warunków na dzień składania ofert nie podlega uzupełnieniu. Tym samym w ocenie Izby istotnym pozostaje wyłącznie fakt czy z treści uzupełnionego oświadczenia bądź dokumentu wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień, w którym upływał termin składania ofert a nie data wytworzenia takiego dokumentu. Jednocześnie uwzględniając powyższe za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp gdyż Zamawiający prowadził postępowanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a) Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 ust. 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).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....