

**Sygn. akt: KIO 1263/20**

**WYROK**  
**z dnia 3 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka S.A. z siedzibą w Chorzowie

przy udziale wykonawcy Lodrom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1263/20 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie na

rzecz wykonawcy Lodrom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka S.A. z siedzibą w Chorzowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Projekt remontu Hali wystawowej „Kapelusz” wraz z rozbudową”, nr sprawy: 02/U/DT/20.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 lutego 2020 r., w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2020/S 025-056839.

W dniu 29 maja 2020 r. Zamawiający zamieścił na platformie, na której prowadzone jest postępowanie zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Lodrom Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej Lodrom lub Przystępujący.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. w dniu 8 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na:

- dokonanie wyboru - jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Lodrom, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Lodrom,
- zaniechaniu wykluczenia Lodrom,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp według następującej numeracji zarzutów odwołania:

1.1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lodrom pomimo, że wykonawca ten nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

oraz

1.2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez kilkukrotne wezwanie Lodrom, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia oraz dysponowania osobami oraz zaniechanie wykluczenia Lodrom, mimo

tego, że nie wykazał on spełniania warunków w terminie i trybie wskazanym w ustawie Pzp,  
oraz

1.3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 36b ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Lodrom, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, mimo że było ono już uzupełnione z inicjatywy własnej Lodrom, a także poprzez zaniechania wykluczenia Lodrom mimo, że przedstawione trzecie zobowiązanie podmiotu trzeciego, rozszerzało zakres udostępnianego zasobu w zakresie osób, w sposób nie wynikający z oferty Wykonawcy, co prowadzi do wniosku, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. potencjału kadrowego,

1.4. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Lodrom z Postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,  
oraz

1.5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Lodrom z Postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego bowiem dotyczące posiadanej przez Lodrom zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, oraz

1.6. ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Lodrom pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału, w zakresie posiadanego doświadczenia, o których mowa w Rozdziale VIII pkt 3.2.1. SIWZ,

1.7. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu, która powinna zostać uznana za odrzuconą.

Mając na względzie wyżej wskazane zarzuty Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz uznania, że Lodrom podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu;

- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu

oraz:

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

W dniu 12 czerwca 2020 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. Zamawiający oświadczył, że uznaje przedmiotowe zarzuty w zakresie pkt.1.3., 1.4., 1.5., 1.6., 1.7, a w pozostałym zakresie nie uznaje wniesionego odwołania, wobec czego wnosi o jego oddalenie.

W związku z powyższym oświadczeniem Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 8 lipca 2020 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

W następstwie powyższych oświadczeń Zamawiającego i Odwołującego Przystępujący pismem z dnia 30 lipca 2020 r. wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego powyższych zarzutów odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Wracając do uzasadnienia Odwołującego treści odwołania, to właściwym jest jego przytoczenie w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy, biorąc pod uwagę wycofanie przez Odwołującego zarzutów 1.1. i 1.2.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 36b ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że do formularza oferty wykonawca Lodrom załączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby - firmy M. C. Architekt z siedzibą w Krakowie, które w swej treści odnosiło się do innego niż prowadzone przez Zamawiającego postępowania wskazując, że podmiot trzeci udostępni do dyspozycji wykonawcy Lodrom zasoby wg następujących:

- „potencjał techniczny lub zawodowy - doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: Wiedza i doświadczenie zdobyte podczas realizowanych przeze mnie projektów (referencje) oraz osobę zdolną do wykonania zamówienia- projektant architekt z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń udostępniane na cały okres realizacji zamówienia wraz z nadzorami;
- sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia: bezpośredni udział w realizacji (projektowanie i koordynacja) przedmiotu zamówienia zgodnie z kompetencjami”.

Zauważył przy tym, że w treści złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę Lodrom oraz M. C. Architekt oświadczeń JEDZ wynika, że nie została wypełniona (w obu oświadczeniach) Cześć IV.C „Zdolność techniczna i zawodowa” do czego podmioty były zobowiązane na mocy postanowień Rozdziału XIII pkt 4.1 SIWZ.

Wskazał, że powyższy stan faktyczny nie został przez Zamawiającego zakwestionowany i wykonawca Lodrom został w dniu 9 kwietnia 2020 r. wezwany do złożenia oświadczeń i dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mający zastosowanie do wezwania wykonawcy najwyżej ocenionego.

W wyniku powyższego wezwania wykonawca Lodrom przedłożył Zamawiającemu m.in.: wykazy doświadczenia i osób, które skieruje do wykonania zamówienia i pomimo braku wezwania w tym zakresie - zobowiązanie firmy M. C. Architekt samodzielnie poprawione w zakresie nazwy postępowania do jakiego się odnosi, w pozostałym zakresie o treści identycznej jak zobowiązanie złożone wraz z ofertą .

W dniu 22 maja 2020 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Lodrom wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z 22a ust. 6 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu - M. C. Architekta - wskazując, że z zobowiązania winno wynikać w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;  
zasad:
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Dalej, wyjaśnił, że w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Lodrom przedłożył kolejną, trzecią wersję zobowiązania firmy M. C. Architekt, w której zakres i sposób udostępnionego przez ten podmiot potencjału został rozszerzony w stosunku do pierwotnego zobowiązania i został przedstawiony następująco:

1. „zakres moich zasobów dostępnych Wykonawcy: kwalifikacje zawodowe, doświadczenie (referencje), spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. sposób wykorzystania moich zasobów przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego: bezpośredni udział w realizacji (projektowanie i koordynacja) przedmiotu zamówienia zgodnie z kompetencjami, na cały czas realizacji zamówienia;

3. Charakter stosunku jaki będzie mnie łączył z Wykonawcą: umowa zlecenie - umowa podwykonawstwo;

4. Zakres i okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia: wiedza i doświadczenie zdobyte podczas realizowanych przeze mnie projektów (referencje-zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, rozdział XIII pkt 3 ppkt 3.2.1), oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia- projektanta o specjalności architektonicznej z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, projektanta o specjalności konstrukcyjno-budowlanej z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, projektant branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych kanalizacyjnych z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, projektanta branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, projektanta branży teletechnicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, udostępnione na cały okres realizacji zamówienia wraz z nadzorami.

Oświadczam, że znany jest mi fakt, że odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane”.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podkreślił, że wystąpienie błędów w zakresie uzupełnionego przez Wykonawcę (z inicjatywy własnej) zobowiązania podmiotu trzeciego skutkować winno podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a nie kierowaniem do niego kolejnych wezwań do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Po drugie, Odwołujący zaznaczył, że z oceny stanu faktycznego wynika, na podstawie załączonego do oferty wykonawcy Lodrom zobowiązania M. C. Architekt, że podmiot ten planował udostępnić wykonawcy wiedzę i doświadczenie zdobyte podczas realizowanych przeze niego projektów (referencje) oraz osobę zdolną do wykonania zamówienia - projektanta architekta z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, udostępniane na cały okres realizacji zamówienia wraz z nadzorami. Dodatkowo na podstawie JEDZ wykonawcy Lodrom Zamawiający mógł pozyskać informację, że wykonawca będzie polegał na zdolności innego podmiotu - M. C. Architekt.

Wskazał, że ze względu na brak wypełnienia części IV JEDZ (pomimo takiego obowiązku) Zamawiający nie miał wstępnej wiedzy nt. sposobu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, ani przez wykonawcę, ani przez podmiot udostępniający zasób, a

zgodnie z postanowieniem Rozdziału XI ust. 2 SIWZ Wykonawca, który zamierza wykonywać zamówienie przy udziale podwykonawcy musi wyraźnie wskazać, jaką część (zakres zamówienia) wykonywać będzie w jego imieniu podwykonawca (art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp).

Według Odwołującego - wykonawca Lodrom nie wskazał tego zakresu w złożonej ofercie, a okoliczność ta jest niezwykle istotna dla oceny stanu faktycznego.

W ocenie Odwołującego - z treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania M. C. Architekt, Zamawiający nie mógł powziąć wiedzy jakie konkretnie doświadczenie jest udostępniane wykonawcy, ale mógł powziąć wiedzę jaki potencjał kadrowy (tj. jakiej specjalności jeden specjalista) jest udostępniany wykonawcy. Tym samym powinien uznać, że pozostali specjaliści wymagani na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu stanowią osoby, którymi wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni. Za taką oceną sytuacji przemawia także druga wersja zobowiązania złożona Zamawiającemu na wezwanie w oparciu o art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Obie wersje zobowiązania nie odpowiadały wymaganiom SIWZ, gdyż nie określały jakie konkretnie doświadczenie jest udostępniane wykonawcy, ani nie podawały imienia i nazwiska udostępnianej osoby (oraz, jak już wskazano, dotyczyły udostępnienia potencjału kadrowego w zakresie ograniczonym do jednego specjalisty - projektanta architekta).

Na skutek wezwania skierowanego do wykonawcy Lodrom w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z 22a ust. 6 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób, Zamawiającemu zostało przedstawione trzecie zobowiązanie, w którym rozszerzono zakres udostępnianego zasobu w zakresie osób. Obok już wcześniej deklarowanego projektanta o specjalności architektonicznej z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, podmiot trzeci zapewnił o udostępnieniu dodatkowo projektanta o specjalności konstrukcyjno-budowlanej z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, projektanta branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń, projektanta branży instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energoelektrycznych z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń oraz projektanta branży teletechnicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń.

Zdaniem Odwołującego - zaakceptowanie przez Zamawiającego poszerzenia przez wykonawcę Lodrom zakresu udostępnianego zasobu w stosunku do sposobu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób stanowi naruszenie zasad

przyjętych w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. (C-387/14) w sprawie Esaprojekt, gdzie wskazano - na tle stanu faktycznego, w którym jeden z wykonawców założył samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a następnie uzupełnił ofertę o dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków przez podmiot trzeci i o zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów - że nie jest dopuszczalne, by oferta wykonawcy była uzupełniana po terminie składania ofert o elementy, których pierwotnie nie obejmowała:

W świetle tego wyroku nie jest dopuszczalne wprowadzenie - po terminie składania ofert - podmiotu trzeciego w odniesieniu do takiego zakresu zamówienia, względem którego wykonawca pierwotnie nie założył polegania na potencjale podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego - powyższe oznacza również, że Wykonawca nie wykazał, w sposób uregulowany w ustawie Pzp, spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (trzęcie pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może być brane pod uwagę do oceny spełnienia warunków) ani w zakresie potencjału kadrowego (potencjał kadrowy podmiotu trzeciego w zakresie, w jakim korzystanie z podmiotu trzeciego nie wynikało z oferty, nie może być brany pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków).

Powyższa sytuacja winna skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Odwołujący podniósł w punktach według poniższej numeracji, że w przedstawionych Zamawiającemu dokumentach Lodrom wielokrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd potwierdzając nieistniejące okoliczności:

8.1. Pierwsza z wymienionych w wykazie datowanym na dzień 22.04.2020 r. usługa wykonana została na rzecz firmy S. K. Usługi Architektoniczne i zgodnie z treścią wykazu obejmowała wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowej w okresie kwiecień - październik 2017 r.

Odwołujący zauważył, że pomimo wpisania w wykazie numeru wpisu do rejestru zabytków nieruchomości już sama treść referencji wskazuje, że budynek szpitala, który objęty był przygotowywaną dokumentacją, wpisany jest jedynie do gminnej ewidencji zabytków, co wskazuje na próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Argumentował, że trudno założyć, że Lodrom jako profesjonalista nie zna różnicy pomiędzy rejestrem zabytków, prowadzonym przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków

a gminną ewidencją zabytków, prowadzoną przez gminę, zwłaszcza, że wpis do rejestru zabytków implikuje szereg dodatkowych opracowań, uzgodnień, analiz i badań jakie trzeba opracować na potrzeby uzyskania pozwolenia na budowę .

Dodatkowo wskazał, że treść referencji wskazuje, że podmiot M. C. Architekt nie był wykonawcą całości usługi na rzecz Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie, a odpowiedzialny był jedynie za wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego w branży architektoniczno-budowlanej, co oznacza, że podmiot M. C. Architekt wykonał jedynie część dokumentacji projektowej, ponadto brak jest podstaw do stwierdzenia, iż był odpowiedzialny za uzyskanie pozwolenia na budowę - brak tego zakresu zadań w treści złożonej referencji.

W powyższym zakresie powołał się na dowód w postaci kopii referencji wystawionej przez Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie (załącznik nr 6).

W przekonaniu Odwołującego - oświadczenie odnośnie zakresu komentowanej usługi zostało złożone z intencją wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca Lodrom opierał się na informacjach przekazywanych przez podmiot udostępniający mu potencjał nie zwalniałoby go to od poniesienia konsekwencji.

8.2. Wyjaśniał, że druga z usług wskazana w wykazie dotyczy „Remontu i przebudowy budynku przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie” zrealizowana została na rzecz firmy Artinex K. W. z Warszawy, dla której podmiot udostępniający zasoby przedstawił oświadczenie własne, zawierające informacje wprowadzające w błąd co do zakresu wykonanych prac, w miejsce referencji lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tej usługi.

Według Odwołującego - jest to celowe działanie wykonawcy Lodrom ponieważ, jak sam przyznał w wyjaśnieniach z dnia 05.05.2020 r.: „M. C. był podwykonawcą firmy Artinex podczas realizacji prac projektowych objętych referencjami i oświadczeniami złożonymi w niniejszym postępowaniu”.

Co istotne dla Odwołującego, postępując się oświadczeniem własnym podmiotu trzeciego Lodrom nie dowodzi, że zwrócił się do zleceniodawcy prac o wystawienie referencji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że podmiot trzeci po pierwsze wykonał jedynie część dokumentacji projektowej, a więc - po drugie - nie miał możliwości uzyskania pozwolenia na budowę, ponieważ jego firma nie była autorem projektów w zakresie pozostałych branż (uzyskanie pozwolenia na budowę nie wchodziło w zakres prac, jakie Artinex podzlecił firmie M. C. Architekt.

Zwrócił uwagę, że uzupełniona w późniejszym terminie referencja od firmy Artinex nie wskazuje na dokładny zakres usługi jaka została wykonana przez podmiot M. C. Architekt, celowo wprowadzając w błąd stwierdzeniami typu: „wykonał dokumentację” (bez dookreślenia jaką dokumentację), czy „uzyskano pozwolenie na budowę” (bez dookreślenia czy wnioskowanie o uzyskanie pozwolenia objęte było zakresem prac zleconych podwykonawcy).

Jako dowód powołał się na kopię oświadczenia własnego Pana C. oraz referencji wystawionej przez Artinex z dnia 30.04.2020 złożonej przez Lodrom w wyniku wezwania do uzupełnienia (załącznik nr 7 a i b).

8.3. Wyjaśnił, że trzecia z wymienionych w Wykazie usługa zrealizowana została na rzecz Politechniki Wrocławskiej.

Zauważył, że w treści wykazu wskazano, że usługa realizowana była w okresie 2019-2020 r., a na potwierdzenie jej należytej realizacji Lodrom załączył oświadczenie własne z 21.04.2020 r., w którym wskazał, że dokumentacja została wykonana w sposób należyty oraz że posiada prawomocne pozwolenie na budowę.

Podkreślił przy tym, że Lodrom nie posłużył się tu żadnym dokumentem pochodzącym od Zamawiającego - Politechniki Wrocławskiej (np. protokołem odbioru części prac), mimo, że z pewnością stosowny dokument posiada lub mógł uzyskać, a to dlatego, że celowo wprowadza Zamawiającego w błąd formułując oświadczenie własne w sposób wskazujący, że prace zostały zrealizowane („dokumentacja została wykonana w sposób należyty”), a nie, że są w trakcie realizacji (np. poprzez wskazanie, że: „prace są realizowane w sposób należyty”), a na dodatek, że na podstawie tej dokumentacji uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę.

Posłużenie się przez Lodrom oświadczeniem własnym wynika z faktu, że w istocie ww. usługa nie została zakończona przed upływem terminu składania ofert w zakresie wynikającym z postawionego warunku udziału.

Stwierdził, że z informacji posiadanych przez Odwołującego, które zostaną udowodnione na rozprawie, wynika, że ww. usługa opisana w wykazie obejmowała wykonanie dokumentacji zamiennej, dla której została wydana decyzja zmieniająca w części

dotyczącej projektu budowlanego i zatwierdzająca projekt budowlany obejmujący wprowadzone zmiany wraz z udzieleniem pozwolenia na budowę w zakresie wprowadzonych zmian. Decyzja ta została wydana w dniu 13 maja 2020 r., czyli już po terminie składania ofert. Dowodzi to złożenia przez Lodrom nieprawdziwego oświadczenia.

Ponadto, zaznaczył, że powyższe wskazuje, że realizowana usługa nie spełnia wymagania z warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ z uwagi na zakres prac nią objęty.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca Lodrom z pełną premedytacją przedstawił Zamawiającemu oświadczenie własne zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W najkorzystniejszym dla oceny działania Lodrom scenariuszu uznać należałoby - według Odwołującego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem dotyczące posiadanej przez Lodrom zdolności technicznej i zawodowej, co z kolei odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Co istotne dla Odwołującego, w wykazie uzupełnionym, datowanym 5.05.2020 roku sam Lodrom, „przyłapany” na wprowadzeniu w błąd, rezygnuje z posługiwania się ww. usługą na potwierdzenie spełniania wymagań.

8.4. Wskazał, że wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył poprawiony wykaz usług wraz z referencjami w tym m.in usługę, która - według deklaracji Lodrom - została wykonana na rzecz firmy Momo Ntrs Polska Sp. z o.o.

Podniósł, że analiza złożonych dokumentów wskazuje, że usługa świadczona była na rzecz innej firmy – Czegeko Sp. z o.o. i to właśnie ona powinna ewentualnie poświadczać należytość wykonania usługi. Sama firma Momo Ntrs Polska Sp. z o.o. wskazuje w „referencji”, że działała jako „koordynator projektu w ramach umowy z Czegeko Sp. z o.o.”.

Odwołujący wyraził przekonanie, że firma Momo Ntrs Polska Sp. z o.o. jako koordynator prac nie ma upoważnienia do wystawienia referencji podwykonawcy, bowiem nie jest zleceniodawcą tych prac.

Wyjaśnił również, że Firma Momo Ntrs Polska Sp. z o.o. wystawiła wspomnianą referencję wyłącznie dlatego, że jest osobowo powiązana poprzez osobę Pana T. S., który

pełni na dzień dzisiejszy funkcję prokurenta w spółce. Odwołujący oświadczył, że pragnął skontaktować się tą spółką, ale pod podanymi w internecie numerami telefonów można uzyskać połączenie z firmą wykonawcy Lodron.

8.5. W odniesieniu do warunku określonego w Rozdziale VIII pkt 3.2.1 b) SIWZ Lodrom przypomniał, że powołał się na trzy realizacje. Pierwsza z nich dotyczy zadania p.n. „Modernizacja Oddziałów Szpitalnych”.

W ocenie Odwołującego - Lodrom wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem po pierwsze usługa nie została wykonana należycie, po drugie zakres prac nie obejmował przebudowy konstrukcji dachu o wymaganej powierzchni objętej zakresem przebudowy 1.500 m<sup>2</sup>, po trzecie prace obejmowały wyłącznie branżę architektoniczną, a po czwarte dla zakresu prac dotyczącego przebudowy dachu nie uzyskania pozwolenia na budowę

Niezależnie od powyższego ww. usługa nie potwierdza spełniania warunków, gdyż nie został dla niej przedstawiony żaden dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi (przedstawiono oświadczenie własne podmiotu trzeciego - M. C. Architekt).

8.6. Zwrócił uwagę, że druga z realizacji podanych w odniesieniu do warunku określonego w Rozdziale VIII pkt 3.2.1 b) SIWZ dotyczy „Remontu i przebudowy budynku przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie”, a zarzuty dotyczące nieprawdziwych/ wprowadzających w błąd informacji zostały opisane w pkt 8.2. odwołania.

Dodał przy tym, że Lodrom wprowadza Zamawiającego w błąd również dlatego, że po pierwsze usługa nie została wykonana należycie, po drugie zakres prac nie obejmował przebudowy konstrukcji dachu o wymaganej powierzchni objętej zakresem przebudowy 1.500 m<sup>2</sup>, po trzecie prace obejmowały wyłącznie branżę architektoniczną, a po czwarte dla zakresu prac dotyczącego przebudowy dachu nie uzyskano pozwolenia na budowę.

8.7. Wskazał, że trzecia z realizacji podanych w odniesieniu do warunku określonego w Rozdziale VIII pkt 3.2.1 b) SIWZ dotyczy zadania inwestycyjnego „Projekt przebudowy i rozbudowy budynków wraz z wbudowaniem systemu kogeneracyjnego i wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym nr 4 przy ul. Dr. K. Jaczewskiego 8 w Lublinie.”.

Zarzucił, że Lodrom wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż po pierwsze usługa nie została wykonana należycie, po drugie zakres prac nie obejmował przebudowy konstrukcji dachu o wymaganej powierzchni objętej zakresem przebudowy 1.500 m<sup>2</sup>, po trzecie prace obejmowały wyłącznie branżę architektoniczną, a po czwarte dla zakresu prac dotyczącego przebudowy dachu nie uzyskani pozwolenia na budowę.

Odnosząc się do stwierdzonych – zdaniem Odwoływającego - licznych nieprawdziwych informacji, ujętych w dokumentach Lodrom, wskazał, iż przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub nawet przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z faktami, ich skutkiem zaś winno być pozostawanie podmiot zamawiający w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy.

Argumentował, że dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wystarczające jest samo przedstawienie informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że kwestia stopnia winy Wykonawcy we wprowadzeniu w błąd rozpatrywana jest z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności Wykonawcy, a ponad wszelką wątpliwość wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek podawania informacji prawdziwych, co oznacza, iż Wykonawcy jako profesjonaliści działający na rynku, składając oświadczenia winni byli dochować należytej staranności przy wypełnianiu dokumentów.

Wskazał, że pojęcie „zamierzonego działania” ujęte w będącym przedmiotem zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest świadomym zachowaniem się podmiotu, zmierzającym do wywołania określonych skutków.

Natomiast, wyjaśnił, że pojęcie „rażącego niedbalstwa” odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności, zaś przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.

Zaznaczył, że w niniejszej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały poprzez ich wyraźne podanie w sporządzanym przez Lodrom Wykazie oraz oświadczeniach o należytych wykonaniu. Lodrom celowo w bardzo ograniczonym zakresie sięga do dokumentów pochodzących od zamawiających, czy nawet wykonawców prac, dla których Lodrom lub podmiot trzeci działał jako podwykonawca, zastępując je oświadczeniami własnymi (lub podmiotu trzeciego).

Podkreślił przy tym, że w kwestionowanych dokumentach Lodrom opisywał

realizowane przez siebie (własne) usługi, co do których dysponuje on pełną wiedzą i pełną dokumentacją (zarówno co do rodzaju budynku, jak i wartości usługi opracowania dokumentacji, zakresu prac czy terminu wykonania), albo usługi realizowane przed podmiot trzeci, gdzie ww. informacje są w dyspozycji tego podmiotu.

Tym samym, dla Odwołującego nie sposób nie przyjąć, że wprost nieprawdziwe informacje nie zostały ujęte w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach w wyniku zamierzonego działania, ukierunkowanego na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że Lodrom posiada wymagane doświadczenie, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, w rozumieniu zaprezentowanym powyżej.

Z uwagi na charakter podanych informacji i sposób ich prezentacji a także skalę nieprawidłowości brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących, mogących prowadzić do obniżenia stopnia winy składającego oświadczenie.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku, gdyby okoliczność nieprawdziwych informacji potwierdziła się tylko w odniesieniu do jednej z usług, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, potwierdziłby się. Powyższe informacje zostały przedstawione w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach oraz w sposób, który miał Zamawiającego wprowadzić w błąd co do rzeczywistego zakresu / jakości realizacji świadczonych usług.

Dalej, wywodził, że również art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie wymaga, by lekkomyślne przedstawienie nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik postępowania. Mając na uwadze powyższe, łączne wystąpienie w okolicznościach sprawy trzech ww. przesłanek jest ewidentne.

Z ostrożności Odwołujący wskazał także, że złożenie przez wykonawcę dokumentów/ informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest możliwość wzywania wykonawcy do uzupełnień lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, bowiem przepisy te stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Ostatecznie, jak wskazał z najdalej idącej ostrożności Odwołujący podniósł, że nawet w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w postępowaniu naruszony zostałby art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Lodrom, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, w sposób wymagany ustawą Pzp oraz SIWZ, spełniania warunków udziału, w zakresie posiadanego doświadczenia, o których mowa w Rozdziale VIII pkt 3.2.1. SIWZ.

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

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, odwołanie, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej SIWZ, oferty Przystępującego z dnia 6 marca 2020 r., formularza JEDZ złożonego przez Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2020 r. do złożenia dokumentów przez Przystępującego, pisma Przystępującego z dnia 22 kwietnia 2020 r. wraz ze złożonymi dokumentami podmiotowymi, w tym wykazem wykonanych usług wraz z referencjami, wezwania Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2020 r. do złożenia nowego wykazu i dokumentów przez Przystępującego i wyjaśnienia ich dotychczasowej treści, odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 5 maja 2020 r. wraz nowym wykazem i referencjami, wezwania Zamawiającego z dnia 22 maja 2020 r. do uzupełnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego i uzupełnionego przez Przystępującego zobowiązania podmiotu trzeciego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 maja 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 czerwca 2020 r. uwzględniającej część zarzutów odwołania, pisma Odwołującego z dnia 8 lipca 2020 r. o wycofaniu części zarzutów odwołania, sprzeciwu Przystępującego od uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania z dnia 30 lipca 2020r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie dowodów i wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art.22a ust.6 ustawy Pzp w związku z art.26 ust.3 ustawy Pzp, art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 oraz art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze skutkiem odrzucenia jego oferty z tego powodu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, a także z powodu przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a także z powodu niespełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła w zakresie przedmiotowego sporu, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia w postaci wykazu wykonanych usług wraz z referencjami mających na celu potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, gdzie zgodnie z postanowieniem rozdziału XIII pkt 3.2.1. SIWZ w następującym brzmieniu: Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, że wykonał przynajmniej:

a) co najmniej dwie usługi, polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę w zakresie rozbudowy/przebudowy obiektu wpisanego do rejestru zabytków o kubaturze objętej zakresem rozbudowy/przebudowy co najmniej 6.000 m<sup>3</sup>

b) co najmniej dwie usługi, polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę w zakresie przebudowy konstrukcji dachu o powierzchni objętej zakresem przebudowy co najmniej 1.500 m<sup>2</sup> w tym jeden dach obiektu wpisanego do rejestru zabytków o powierzchni objętej zakresem przebudowy co najmniej 1.500 m.

Uwzględniając powyższe wymagania Zamawiającego, w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.22a ust.6 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz art.36b ust.1 ustawy Pzp, Izba uznała go za bezzasadny.

Na wstępie należy wskazać, że stosownie do art.25a ust.1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w

zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Jednocześnie w myśl przepisu ust. 2 powołanego wyżej przepisu jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.

Z brzmienia powołanych wyżej przepisów prawa wynika w sposób jednoznaczny, że kwestionowane przez Odwołującego oświadczenie Przystępującego zawarte w JEDZ miało charakter jedynie wstępny i informacyjny dla Zamawiającego, a w związku z tym treści tam zawarte mogą mieć istotne znaczenie, jedynie jeżeli informacje tamte w sposób oczywisty potwierdzają istnienie przesłanek do wykluczenia wykonawcy z przetargu, przy czym nie będą one miały większego znaczenia dla rozstrzygnięcia przetargu, jeżeli ich treść będzie nacechowana pewnymi nieścisłościami.

W takim przypadku zastosowanie będą miały wszelkie procedury sanacyjne przewidziane w prawie zamówień publicznych wynikające między innymi z przepisu art.22a ust.6 czy art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Wymaga zauważenia, że wezwanie Zamawiającego z dnia 22 maja 2020 r. zostało oparte o przepis art. 26 ust.3 w związku z art.22 a ustawy Pzp i dotyczyło uzupełnienia zobowiązania podmiotu – M. C. Architekta, udostępniającego zasoby niezbędne na potrzeby realizacji zamówienia.

Prawidłowo, sporządzone zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zawierać wszystkie elementy opisane w § 9 ust.1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), tj. z dnia 29 czerwca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), który stanowi, że w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy

stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Analizując treść złożonych oświadczeń Izba doszła do przekonania, że pierwsze złożone przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego było wadliwe. Natomiast, z racji braku stosownej regulacji prawnej Zamawiający mógł pominąć w swojej ocenie drugie zobowiązanie, które zostało mu przedłożone przez Przystępującego bez wezwania.

W ocenie Izby – Zamawiający mając wątpliwości sformułowane w wezwaniu z dnia 22 maja 2020 r. wobec pierwszego zobowiązania z dnia 13 listopada 2019 r. odnoszącego się do zupełnie innego przetargu mógł zażądać od Przystępującego uzupełnienia i poprawienia wadliwego zobowiązania z powodu braku wyżej wskazanych elementów.

Podstawę prawną takiego działania Zamawiającego stanowi przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jednocześnie z przepisu art.22a ust.2 ustawy Pzp wynika, że 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.

Odwołujący w swoim odwołaniu nie zakwestionował treści trzeciego zobowiązania złożonego przez Przystępującego będącego konsekwencją wezwania Zamawiającego z dnia 22 maja 2020 r., a zatem należało uznać ten dokument za nie budzący wątpliwości i podlegający ocenie Zamawiającego.

W ocenie Izby – trudno jest uznać za miarodajny zakres udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia określony przy pierwszym wezwaniu, skoro Przystępujący w ogóle załączył błędnie zobowiązanie, które w ogóle nie powinno być złożone, bowiem dotyczyło innego wcześniej realizowanego zamówienia publicznego.

Natomiast, co zostało wyżej wyjaśnione, drugie samowolnie złożone przez Przystępującego zobowiązanie podmiotu trzeciego było prawnie bezskuteczne z powodu braku zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Dodatkowo, w ramach komentowanego zarzutu odwołania Izba ustaliła, że Przystępujący w Części II: Informacje dotyczące wykonawcy w pkt C: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów JEDZ na pytanie zawarte w formularzu czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? udzielił odpowiedzi potwierdzającej.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że pkt D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega na pytanie czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? potwierdził tą okoliczność i zaproponował podwykonawcę: M. C. Architekt.

Ostatecznie, ustalono, że Przystępujący w formularzu JEDZ w części IV: Kryteria kwalifikacji w pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa określił część procentową podwykonawstwa wskazując 25%.

Mając to na uwadze, Izba nie doszukała się naruszenia przez Przystępującego przepisu art. 36b ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Ostatecznie, Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że w dacie złożenia podmiotowych dokumentów wykazywał on przed Zamawiającym posiadanie wiedzy i

doświadczenia opartych o dysponowanie bezpośrednio osobą M. C., bowiem jego oświadczenia z JEDZ wskazują na posługiwanie się przez wykonawcę podmiotem trzecim.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.1 pkt 16 oraz art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp oraz ewentualnie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie został on udowodniony.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na zasadzie art.26 ust.1 ustawy Pzp między innymi do złożenia wykazu usług wraz z referencjami.

W wykonaniu tego wezwania Przystępujący pismem z dnia 22 kwietnia 2020r. złożył wykaz osób wraz z referencjami.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający po dokonaniu oceny powyższych dokumentów pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia nowego wykazu usług i referencji dotyczących Zamawiającego: Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie w zakresie pierwszego spornego warunku oraz do uzupełnienia tego wykazu i referencji dotyczących Zamawiającego: Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie w zakresie drugiego spornego warunku.

W następstwie tego wezwania Przystępujący za pismem z dnia 5 maja 2020 r. złożył nowy wykaz wraz referencjami.

Mając na uwadze, że Zamawiający wycofał zarzut z pkt 1.2. odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez kilkukrotne wezwanie Lodrom, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia oraz dysponowania osobami oraz zaniechanie wykluczenia Lodrom, mimo tego, że nie wykazał on spełniania warunków w terminie i trybie wskazanym w ustawie Pzp, Izba uznała, że pierwszy złożony przez Przystępującego wykaz wraz z referencjami za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia przetargu i ocenie mogły podlegać jedynie informacje z wykazu z dnia 5 maja 2020 r. wraz z załączonymi do niego referencjami.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, że podanie przez Przystępującego w pierwotnym w wykazie informacji o numerze z ewidencji zabytków, a nie jak żądał

Zamawiający w SIWZ informacji o numerze z Rejestru Zabytków było nieuzasadnione z uwagi na znaczenie prawne tych dwóch odrębnie uregulowanych instytucji.

Stosownie do art. 7 pkt 1 ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z dnia 23 lipca 2003 r. (Dz.U. Nr 162, poz. 1568 wraz ze zmianami) formami ochrony zabytków są wpis do rejestru zabytków.

Ponadto, zgodnie z art. 8 ust.1 cyt. wyżej ustawy Rejestr zabytków, zwany dalej „rejestrem”, dla zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzi wojewódzki konserwator zabytków.

Natomiast, art.22 ust. 4 powołanej wyżej ustawy przewiduje, że Wójt (burmistrz, prezydent miasta) prowadzi gminną ewidencję zabytków w formie zbioru kart adresowych zabytków nieruchomości z terenu gminy, zaś w 5 tego przepisu wymienia się, że w gminnej ewidencji zabytków powinny być ujęte:

- 1) zabytki nieruchome wpisane do rejestru;
- 2) inne zabytki nieruchome znajdujące się w wojewódzkiej ewidencji zabytków;
- 3) inne zabytki nieruchome wyznaczone przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w porozumieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków.

Pomimo jednak podania przez Przystępującego tej informacji – według Izby – nie sposób przyjąć, że wprowadziła ona Zamawiającego w błąd, bowiem ten skierował do Przystępującego powyższe wezwanie, z którego wynika, że Zamawiający pozostał w przekonaniu, że rejestr zabytków nie jest pojęciem tożsamym z gminną ewidencją zabytków.

Jednocześnie z racji wyrażenia przez inny skład orzekający Izby odmiennego poglądu prawnego w tym zakresie w wyroku z dnia 19 lipca 2016 r. o sygn. akt KIO 1190/16, Izba nie mogła przypisać Przystępującemu działania w warunkach zatajenia informacji z winy umyślnej czy z rażącego niedbalstwa.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W ocenie Izby - przedstawienie powyższej informacji można by ewentualnie zakwalifikować, jako przejaw zwykłej lekkomyślności czy niedbalstwa Przystępującego polegający na braku upewnienia się przez niego jakie ostatecznie znaczenie Zamawiający nadał w tym wypadku pojęciu wpisu do rejestru zabytków poprzez zadanie pytania w trybie przepisu art.38 ust.1 ustawy Pzp.

Jednak należy zaznaczyć, że do zastosowania kolejnego przepisu art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy konieczne jest spełnienie wszystkich opisanych w nim przesłanek, bowiem z postępowania o udzielenie zamówienia w granicach tej regulacji prawnej wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stanęła na stanowisku, że informacja o numerze z ewidencji zabytków, a nie o numerze zabytków nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, skoro postanowił on zażądać od Przystępującego złożenia nowego wykazu w tym zakresie.

Odnosząc się do dowodu Odwołującego do pkt 8.1. odwołania w postaci pisma z dnia 9 czerwca 2020 r. Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie, Izba uznała, że informacja o tym, że M. C. był autorem projektu budowlanego w zakresie architektury(odpowiedź nr 5), nie oznacza jaki był jego wkład w stworzenie dokumentacji projektowej i jaki był jej zakres.

Jeżeli chodzi o odpowiedzi nr 10 i 11 Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie z powyższego pisma, to należy stwierdzić, że pozostają one w kolizji z oświadczeniem Andrzeja W. koordynatora projektu potwierdzającego realizację projektów wzmocnienia konstrukcji dachu pod agregaty chłodnicze lokalizowane na dachu(dowód nr 16 Przystępującego) oraz wyciągu z projektu wykonawczego(dowód nr 17) zalecającego wykonanie przebudowy/wzmocnienia więźby dachowej, co oznacza, że informacja z wykazu w spornym zakresie nie mogła wprowadzać Zamawiającego w błąd w warunkach zawinionych.

Powyższe okoliczności potwierdza również oświadczenie członka zarządu Arcus Technologie sp. z o.o. realizującego zadanie przy ul. Nowowiejskiej na rzecz Samodzielnego Wojewódzkiego Zespołu Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie o tym, że część prac dotyczył przebudowy dachu(dowód nr 19).

W odniesieniu do dowodu Odwołującego nr 8.2 odwołania, Izba doszła do przekonania, że brak wiedzy Zamawiającego: Biura Rzecznika Spraw Obywatelskich o formalnym udziale M. C. w sporządzeniu wielobranżowej dokumentacji projektowej (odpowiedź na pytanie nr 6 i 8), a także brak takiej informacji dotyczącej jego wkładu pracy w sporządzenie dokumentacji zmierzającej do uzyskania pozwolenia na budowę (pytanie nr 12), nie może przesądzać o niedopuszczalności możliwości wykazania się przez ten podmiot podwykonawstwem na rzecz firmy Artimex K. W.

Natomiast, złożone przez Przystępującego na rozprawie oświadczenie z dnia 7 lipca 2020 r. Artimex K. W. potwierdziło podwykonawstwo M. C. w zakresie realizacji dokumentacji wielobranżowej i bezpośredniego udziału w uzyskaniu zezwoleń i decyzji administracyjnych. Powyższe oświadczenie koresponduje z oświadczeniem własnym M. C.

W związku ze sformułowanym w pkt 8.2 odwołania zarzutem, Izba uznała, że spełnieniem powyższego warunku udziału w postępowaniu jest zadeklarowanie faktycznego zdobycia wiedzy i doświadczenia w granicach podwykonawstwa, a zatem nie ma większego znaczenia okoliczność wykonania kontraktu na rzecz Zamawiającego: Biura Rzecznika Spraw Obywatelskich przez Artimex K. W., skoro w istocie wszelkie czynności wykonawcze realizował M. C. i w ten sposób mógł on zdobyć odpowiednią wiedzę i doświadczenie.

Powyższe stanowisko Izby wspierają dowody Przystępującego nr 3, nr 4, nr 5 potwierdzające udział M. C. w realizacji zadania w zakresie mieszczącym się w warunku.

Izba uznała również za wystarczające informacje Zamawiającego: Biura Rzecznika Spraw Obywatelskich o objęciu dachu przebudową na potrzeby wykonania czerpni i wyrzutni, które zdaniem Izby – potwierdzają spełnianie warunku w części odnoszącej się do uzyskania decyzji pozwolenia na budowę w zakresie przebudowy konstrukcji dachu o powierzchni objętej zakresem przebudowy, co najmniej 1 500 m<sup>2</sup>.

Według zapatrywania Izby – warunek z rozdziału pkt 3.2.1 lit. b SIWZ może być interpretowany jako wymaganie wykazania się wiedzą i doświadczeniem w realizacji przebudowy konstrukcji dachu o powierzchni co najmniej 1 500 m<sup>2</sup>, a wymaganie inaczej rozumiane może być potraktowane jako nadmierne.

Zarówno, Zamawiający, jak i Odwołujący nie wykazali, że wiedza i doświadczenie w zakresie zaprojektowania przebudowy części dachu o powierzchni 1 500 m<sup>2</sup> w odniesieniu do ważnego elementu konstrukcyjnego dachu ma mniejsze znaczenie niż całkowita

przebudowa powierzchni dachu (1500 m<sup>2</sup>) w zakresie mało istotnych jego elementów technicznych.

Jeżeli chodzi o pozycję z pierwszego wykazu dotyczącą usługi na rzecz Politechniki Wrocławskiej, Izba uznała, że wskutek niezadeklarowania jej przez Przystępującego w nowym wykazie z dnia 5 maja 2020 r. i nieprzedstawienia przy tym wykazie odpowiedniej referencji, który został zażądany przez Zamawiającego, a także niezaskarżenia odwołaniem czynności przedmiotowego wezwania w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, treść tej pozycji i referencji nie miały jakiegokolwiek wpływu na wynik przetargu.

Wobec tego dowód Odwołującego do pkt 8.3 odwołania należało potraktować za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W zakresie zarzutu opisanego w pkt 8.4. odwołania odnoszącego się do wykazywanego przez Przystępującego zadania pn; Rewitalizacja Fortu nr 52 Borek przy ul. Fortecznej 146 w Krakowie realizowanego na rzecz ZBK w Krakowie, Izba podobnie jak w powyższych rozważaniach reprezentuje pogląd, że dla wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem nie jest konieczne sztywne wykazanie się przez wykonawców formalnym udziałem w realizacji zamówienia, lecz wystarczającą przesłanką oznaczającą spełnienie warunku wystarczające jest zdobycie wiedzy i doświadczenia jako podwykonawca u innego podmiotu.

Nawiązując do tego zarzutu, Izba stwierdziła, że wykonawcą powyższego zamówienia była firma CZEGEKO sp. z o.o.(dowód do pkt 8.4, ad 6, 10, 11 i 20 Odwołującego), który na prośbę wykonawcy M. C. w dniu 28 lipca 2020 r. poinformował o wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z koordynacją, dla wielobranżowej dokumentacji technicznej, w tym obsługa administracyjna podczas uzyskiwania pozwolenia na budowę wraz z niezbędnymi procedurami administracyjnymi(dowód nr 9 Przystępującego).

Z powyższego oświadczenia Izba wnioskuje, że jego wystawca potwierdził udział M. C. w zdobywaniu wiedzy i doświadczenia na omawianym kontrakcie.

Izba nie znalazła, żadnego racjonalnego uzasadnienia do wystawienia podobnego potwierdzenia przez podmiot trzeci, gdyby takiego udziału nie było.

Odnosząc się do dowodu Odwołującego do pkt 8.4, ad 1, 2 i 8 – pismo ZBK z dnia 9 czerwca 2020 r., Izba stanęła na stanowisku, że naliczenie kar umownych nie przesądza jeszcze o nienależytym wykonaniu zobowiązania, bowiem sama umowa może określać

sytuacje nienależytego wykonania umowy, a samo naruszenie terminów umownych może nie wywierać takiego skutku prawnego, jeżeli strony postanowią inaczej.

Poza tym wymaga zwrócenia uwagi, że na tle powyższych dowodów nie jest wiadome czy sama dokumentacja projektowa została przekazana do odbioru po terminie, zaś protokoły odbioru (dowód nr 11 Przystępującego) kwitują wykonanie dokumentacji projektowej z należytą starannością.

Dokonując oceny prawnej dowodu Odwołującego do pkt 8.7. opartego o treść pisma z dnia 16 czerwca 2020 r. Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie wydaje się, że bezspornym jest okoliczność naliczenia kar wynikającej z przyczyn zależnych od wykonawcy prac projektowych (ad 1), to samo dotyczy nie zrealizowania dokumentacji projektowej w terminach umownych (ad 9), podczas gdy tenże wykonawca: CZEGEKO sp. z o.o. w dniu 27 października 2017 r. potwierdził odbiór dokumentacji od M. C. Architekt i oświadczył, że dokumentacja została wykonana z należytą starannością ( dowód: nr 20 i 21 Przystępującego).

Zestawiając ze sobą powyższe dowody Izba doszła do wniosku, że podwykonawca M. C. Architekt wykonał należycie dokumentację projektową, jednak nie doszło do jej odbioru w terminie przez Zamawiającego, prawdopodobnie z przyczyn leżących po stronie CZEGEKO sp. z o.o., co nie może decydować o odpowiedzialności podmiotu, który wykonał swoje zobowiązanie należycie.

Jednocześnie, według Izby - ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, co wynika wprost z art.6 kodeksu cywilnego.

Podobna jak wyżej jest ocena Izby oświadczenia CZEGEKO sp. z o.o. na prośbę wykonawcy M. C. z dnia 28 lipca 2020 r., gdzie ten pierwszy poinformował o wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z koordynacją, dla wielobranżowej dokumentacji technicznej, w tym obsługa administracyjna podczas uzyskiwania pozwolenia na budowę wraz z niezbędnymi procedurami administracyjnymi(dowód nr 22 Przystępującego).

Jeżeli chodzi o zarzut Odwołującego o braku wykazania się przez Przystępującego wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę w zakresie przebudowy konstrukcji dachu w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym nr 4 w Lublinie, Izba stwierdziła sprzeczności pomiędzy oświadczeniem Dyrektora Naczelnego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4

w Lublinie( dowód Odwołującego do pkt 8.7 odwołania, ad 14), a dowodami Odwołującego nr 23, nr 24, nr 25, nr 26.

Dyrektor szpitala udzielił odpowiedzi z dnia 16 czerwca 2020 r., że projekt np. nie przewidywał robót w zakresie konstrukcyjnym dachów, podczas gdy z dowodu Odwołującego nr 23 SIWZ z tego przetargu wynika, że w rozdziale III A pkt c 1) określono warunek dysponowania przynajmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia bez ograniczeń do projektowania konstrukcji, a także w załączniku nr 1 w rozdziale I pkt 2 ppkt 1) określono zakres, który obejmuje wykonanie odkrywek i sporządzenie niezbędnych ekspertyz technicznych ( konstrukcyjnych, mikologicznych) z określeniem stanu technicznego poszczególnych elementów, zaś w rozdziale II pkt 1 ppkt 1.1. przewidziano branżę konstrukcyjną zawierającą rozwiązania wynikające z ekspertyz udostępnionych przez Zamawiającego, tj: naprawy polegające na wzmocnieniu lub wymianie elementów konstrukcyjnych i w ppkt 1.2. wymianę lub remont zadaszeń nad wejściami do budynków.

Dowód nr 24 Odwołującego w postaci pisma z dnia 13 marca 2019 r. wykonawcy robót budowlanych na podstawie projektu - ERBUD skierowanego do Szpitala potwierdza okoliczność zwrócenia się tego wykonawcy z prośbą o materiały projektowe do owych zadaszeń, które należało odtworzyć do stanu pierwotnego oraz wprowadzenie odpowiednich pozycji do przedmiarów robót.

Dodatkowo, dowód nr 25 stanowiący ERBUD realizującym powyższe zamówienie potwierdza, że część realizowanych prac dotyczy przebudowy dachu poprzez lokalne wzmocnienia pod konstrukcję agregatów chłodniczych, oraz montaż żaluzji osłonowych na podkonstrukcji stalowej.

Natomiast, dowód nr 26 z korespondencji e-mail pomiędzy Przystępującym a wykonawcą budowlanym ML System S.A. wskazuje, że projekt przebudowy dachu ingerował w konstrukcję istniejącą, tak dalece, iż należało wykonać stosowne obliczenia i miejscowe wzmocnienia.

Konfrontując powyższe dowody, Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił żadnego przeciwdowodu mogącego podważyć powyższe dowody Przystępującego.

Ponownie, Izba podkreśla, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W związku z powyższym, Izba pozostaje w przekonaniu Odwołujący nie udowodnił możliwości wystąpienia wszystkich przesłanek, o których mowa w przepisach art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp oraz naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, skutkujących jego obowiązkiem wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu.

Według zapatrywania Izby – przedłożone przez Odwołującego dowody mają charakter poszlakowy, nie wykazują one w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że Przystępujący działał celowo czy w warunkach rażącego niedbalstwa chcąc wprowadzić Zamawiającego w błąd, co do posiadanej przez niego zdolności zawodowej opartej o potencjał podmiotu trzeciego.

To samo dotyczy oceny dowodów mających na celu wykazanie przez Odwołującego przedstawienia przez Przystępującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w okolicznościach niedbalstwa czy lekkomyślności, w sytuacji gdy informacje te mogły istotnie wpłynąć na decyzje Zamawiającego.

Podsumowując, Izba uznała, że dowody przedstawione przez Odwołującego stanowiły jedynie pewne jego domysły co do zachowania Przystępującego oparte na niepełnych informacjach osób trzecich, które zostały obalone przez przeciwdowody Przystępującego.

Przy czym Izba mając na uwadze okoliczność, że ciężar dowodowy spoczywa na Odwołującym, uznała, że nie obalił on dowodów przeciwnych Przystępującego.

Ostatecznie, konsekwencją braku stwierdzenia przez Izbę, możliwości przyjęcia, że zachowanie Przystępującego mieściło się w dyspozycji przepisów art. art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, należało stwierdzić, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem

przepisów 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:.....**