

Sygn. akt: KIO 1390/18

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Renata Tubisz
Protokolant: Zuzanna Idżkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Świnoujście,**

przy udziale wykonawcy **Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego oceny spełniania przez wykonawcę Control Process EPC2 Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mirbud S.A. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 698 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowę kompleksu obiektów sportowych przy Centrum Edukacji Zawodowej i Turystyki w Świnoujściu wraz z rozbudową szkoły.*

W dniu 16 lipca 2018 r. wykonawca Mirbud S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Control Process EPC2 Sp. z o.o. (dalej: CP) z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd i które miały wpływ na wynik postępowania, a z ostrożności – wobec zaniechania wykluczenia CP z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej lub ekonomicznej, po uprzednim wezwaniu CP do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, a z ostrożności art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

1. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy CP z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd

Odwołujący wskazał, że zgodnie z oświadczeniem CP, pan Ireneusz Organista, wskazany do pełnienia funkcji kierownika budowy, zdobył m.in. następujące doświadczenie, sumarycznie uprawniające do uzyskania 10 dodatkowych punktów:

Budowa budynku krytej pływalni Zespołu Szkół nr 14 ul. Brucknera 10 we Wrocławiu, pow. wody 500,0m ² Kierownik budowy Wymiary basenu: basen sportowy o wymiarach 25m x 9m i głębokości 1,9m, 4 tory	ok. 5 mln zł	01.2015-08.2015	01.2015-08.2015	Urząd Miejski Wrocław pl. Nowy Targ 1-8 50-141 Wrocław tel. +48 71 777 77 77 faks +48 71 777 86 55
--	--------------	-----------------	-----------------	--

Odwołujący podniósł, że powyższe oświadczenie jest nieprawdziwe, gdyż przedmiotem umowy nie była budowa budynku krytej pływalni Zespołu Szkół nr 14, lecz rozbudowa, przebudowa i nadbudowa tej pływalni. Dalej, z uwagi na fakt, że niecka basenu

o długości 25 m była już wybudowana, przedmiotem umowy nie była budowa tej niecki, lecz jej remont. Składając oświadczenie, że pan Ireneusz Organista zdobył doświadczenie podczas budowy krytej pływalni Zespołu Szkół nr w14 we Wrocławiu, CP wprowadziła Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem postępowania jest budowa kompleksu obiektów sportowych, a nie rozbudowa czy przebudowa czy nadbudowa takich obiektów. W związku z tym Zamawiający wyraźnie w SIWZ wskazał, że kierownik budowy (oraz pozostali kierownicy robót), mają posiadać doświadczenie zdobyte podczas budowy pływalni krytej, stanowiąc, że osoba ta musi legitymować się min. 5 letnim doświadczeniem pracy w charakterze kierownika budowy oraz doświadczeniem polegającym na pełnieniu w okresie ostatnich pięciu lat funkcji kierownika budowy to najmniej jednego obiektu obejmującego budowę pływalni krytej z niecką basenu o długości toru min. 25 m, a w odniesieniu do doświadczenia punktowanego Zamawiający podał, że posiadanie dodatkowego doświadczenia polegającego na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu jedną budową obiektu obejmującego budowę pływalni krytej z niecką basenu o długości toru min. 25 m będzie skutkowało przyznaniem 10 pkt. Analogicznie Zamawiający określił wymagania dotyczące doświadczenia kierownika branży instalacyjnej sanitarnej i kierownika robót elektrycznych. Odwołujący podniósł, że tylko w jednym przypadku Zamawiający wskazał, że wystarczające jest doświadczenie zdobyte podczas zadania na roboty budowlane obejmującego budowę lub przebudowę, lecz ten pomniejszony standard doświadczenia dotyczy funkcji administracyjnej (kierownika kontraktu), a nie technicznej (dysponowanie doświadczeniem zawodowym polegającym na pełnieniu w okresie ostatnich pięciu lat funkcji kierownika kontraktu lub kierownika budowy co najmniej dwóch zakończonych i należyście wykonanych zadań na roboty budowlane obejmujących budowę lub przebudowę obiektu). Również w odniesieniu do doświadczenia wykazywanego przez wykonawcę Zamawiający dopuścił, aby posługiwać się doświadczeniem zdobytym podczas budowy lub przebudowy, stanowiąc, że wymaga należytego wykonania w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, minimum dwie roboty budowlane, polegające na budowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 1 500 m² każdy, w tym co najmniej jeden obiekt obejmujący budowę lub przebudowę krytej pływalni lub innego obiektu sportu lub rekreacji wodnej z niecką basenu o długości toru min. 25 m.

Zdaniem Odwołującego w powyższego wynika, że Zamawiający celowo różnicuje doświadczenie dla podmiotu i doświadczenie wymagane dla specjalistów. Ponieważ to od doświadczenia kluczowych specjalistów faktycznie uzależniona jest ostateczna jakość inwestycji, to względem nich Zamawiający postawił najwyższe wymagania. Nie dopuścił, by

wykonawcy ci wykazywali jako wystarczające doświadczenie zdobyte na inwestycjach polegających na przebudowie (czy nadbudowie lub rozbudowie), kluczowe było, aby specjaliści kierowali robotami swojej specjalności. W ten tylko sposób mogli nabyć doświadczenie niezbędne do kierowania budową lub robotą o stopniu skomplikowania wskazanym w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wykonawca CP podał nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia pana Ireneusza Organisty, w celu uzyskania dodatkowych punktów za doświadczenie wykazanego w ofercie kierownika budowy, zatem podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Dalej Odwołujący podniósł, że zgodnie z oświadczeniem CP, pan D. S., wskazany do pełnienia funkcji kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, zdobył m.in. doświadczenie, sumarycznie uprawniające do uzyskania 5 punktów:

<p>Budowa Term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim</p> <p>Budowa obiektu kompleksu basenowego, wraz z budową systemu uzdatniania wody basenowej z wykorzystaniem wód termalnych wraz z wioską wakacyjną i centrum konferencyjnym w Lidzbarku Warmińskim w rejonie drogi krajowej nr 51 ul. Olsztyńskiej</p>	<p>96 500 000 zł</p>	<p>05.2013-08.2015</p>	<p>05.2013-08.2015</p>	<p>Starostwo Powiatowe w Lidzbarku Warmińskim, ul. Wyszyńskiego 37, 11-100 Lidzbark Warmiński</p> <p>Telefon: 89 767 79</p> <p>Faks: 89 767 79 03</p>
--	----------------------	------------------------	------------------------	---

Odwołujący podniósł, że podczas budowy Term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim w ogóle nie była pełniona funkcja kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, zatem ani pan D. S., ani żadna inna osoba w ogóle nie nabyła na tej inwestycji doświadczenia w kierowaniu montażem instalacji uzdatniania wody basenowej. Na obiekcie tym była pełniona funkcja kierownika robót sanitarnych, lecz jest to zupełnie inna funkcja, którą pełnił Pan A. S. . Zresztą, doświadczenie tej osoby związane z funkcją kierownika robót sanitarnych również zostało wykazane przez CP w ofercie, celem udowodnienia posiadanego zasobu wiedzy technicznej lub zawodowej. Funkcja kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej i funkcja kierownika robót sanitarnych to dwie odrębne funkcje, które nie muszą, lecz mogą występować równolegle w ramach jednej inwestycji. O ile w czasie budowy Term Warmińskich niezbędne było powierzenie części prac kierownikowi robót sanitarnych, o tyle – z uwagi na zakres prac odmienny od wymaganego dla możliwości uzyskania dodatkowych punktów w ramach zdobytego doświadczenia – inwestor w ogóle nie przewidział funkcji kierownika montażu instalacji

uzdatniania wody basenowej. Zdaniem Odwołującego składając oświadczenie wskazujące, że pan D. S. zdobył doświadczenie podczas budowy Term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim, CP wprowadziła Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania. Wykonawca ten podlegał więc wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował również doświadczenie pana P. B., wskazanego do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS. Wskazał, że zgodnie z oświadczeniem PC osoba ta zdobył m.in. następujące doświadczenie, sumarycznie uprawniające do uzyskania 5 dodatkowych punktów:

Budowa Aquaparku w Koszalinie, roboty budowlane w tym budowa basenu sportowego oraz instalacja systemu BMS	86 000 000 zł	10.2013 09.2014	10.2013 09.2014	Zarząd Obiektów Sportowych Koszalin, ul. Rolna 14 75-436 Koszalin tel./tx. sekretariat 94 721 60 10
--	---------------	--------------------	--------------------	---

Zdaniem Odwołującego powyższe oświadczenie jest nieprawdziwe, gdyż podczas budowy Aquaparku w Koszalinie funkcja kierownika montażu automatyki i systemu BMS była pełniona przez zupełnie inną osobę, tj. pana M. P., przy czym w ramach tej inwestycji funkcja kierownika montażu automatyki i systemu BMS nie była pełniona przez dwie osoby (lub większą ilość osób) ani nie była sprawowana żadna funkcja podobna zakresem do funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS. Tym samym pan P. B. nie zdobył doświadczenia w zakresie kierowania montażem automatyki i systemu BMS, a zatem wykonawca CP wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania. Wykonawca ten podlegał więc wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie swojego stanowiska w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 297/18. Ponadto podniósł, że w niniejszej sprawie spełniły się wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Wykonawca CP podał trzy niezależne, nieprawdziwe informacje, dotyczące doświadczenia zdobytego przez wykazywany potencjał kadrowy. Żadna z inwestycji, której dotyczą nieprawdziwe informacje, nie były realizowane na rzecz Zamawiającego, zatem nie można uznać, że wystąpiły okoliczności łagodzące, ponieważ wprowadzenie w błąd faktyczne nie nastąpiło. Każda z tych informacji ma zarówno potencjalny jak i faktyczny wpływ na wynik postępowania.

2. Zarzut niewykazania przez wykonawcę PC z postępowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem V.2 SIWZ Zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że: a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 15 000 000,00 zł (słownie złotych: piętnaście milionów 00/100). W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek wykonawcy mogą spełniać łącznie. Ponadto w punkcie V.4.2.2 Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji ekonomicznej/finansowej 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. Wykonawca CP w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącej zdolności ekonomicznej lub finansowej, przedłożył informacje z banków, potwierdzające posiadanie przez CPSA wymaganej przez Zamawiającego zdolności kredytowej (strona nr 92-93 części oferty złożonej na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) oraz zobowiązanie CPSA do udostępnienia CP własnej zdolności finansowej lub ekonomicznej.

Zdaniem Odwołującego przedłożone zobowiązanie nie potwierdza, że CP faktycznie dysponuje żądanym w SIWZ potencjałem finansowym lub ekonomicznym. Po pierwsze, sposób wykorzystania tych zasobów, wskazany przez CPSA, nie zapewnia rzeczywistego dysponowania przez CP udostępnionym potencjałem. Odwołujący wskazał, że treścią zobowiązania jest oddanie do dyspozycji udostępnianych zasobów niezbędnych do potwierdzenia spełnienia warunku: zdolności finansowe lub ekonomiczne, na potrzeby wykonania zamówienia Budowa kompleksu obiektów sportowych przy Centrum Edukacji Zawodowej i Turystyki w Świnoujściu wraz z rozbudową szkoły. Jako sposób wykorzystania zasobów wskazano *podwykonawstwo, obejmujące użyczenie zasobów finansowych*, a jako charakter stosunku z wykonawcą – umowę cywilnoprawną.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem użyczenia nie mogą być zasoby finansowe (środki pieniężne). Stwierdził, że użyczenie przypomina umowę najmu, z tą jednak różnicą, że najem jest odpłatny (wiąże się z obowiązkiem zapłaty czynszu), którego to elementu brak w umowie użyczenia. Przez umowę użyczenia użyczający zobowiązuje się bowiem zezwolić biorącemu, przez czas oznaczony lub nieoznaczony, na bezpłatne używanie oddanej mu w tym celu rzeczy. Przedmiotem użyczenia mogą być zarówno rzeczy ruchome, jak i nieruchomości, a także ich rzeczy składowe (np. ściana budynku). Przedmiotem umowy użyczenia może być każda rzecz, zarówno oznaczona co do tożsamości, jak i co do gatunku, jeżeli nadaje się do używania. Jednakże, przedmiotem użyczenia nie mogą być

pieniądze pełniące funkcję środka płatniczego (tak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 4 grudnia 1998 r., sygn. akt III CKN 49/98). Bez znaczenia jest to, czy pieniądze powinny być zwrócone w kwocie nominalnej (bez oprocentowania), czy też z odsetkami kapitałowymi. Zdaniem Odwołującego określenie sposobu wykorzystania rzeczy jako podwykonawstwo, obejmujące użyczenie środków finansowych, jest niejasne i niezrozumiałe, a tym samym nie jest wystarczające dla wykazania przez CP, że faktycznie dysponuje zdolnością finansową czy ekonomiczną CP SA.

Odwołujący podniósł, że dysponowanie określonymi zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jaki sposób z udzielonego potencjału będzie mógł dany wykonawca korzystać, a jeśli złożone zobowiązanie wymaga zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym przypadku domniemanego sposobu wykorzystania zasobu, to nie sposób uznać udostępnienie za realne czy udowodnione. Biorąc pod uwagę powyższe, CP nie wykazała, że w sposób rzeczywisty z udostępnionego potencjału może korzystać, a tym samym nie udowodniła Zamawiającemu, że do udostępnionych zasobów ma faktyczny dostęp, umożliwiający należyte wykonanie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego również wskazany w zobowiązaniu charakter stosunku, jaki będzie łączył PCSA z CP nie pozwala na przyjęcie, że samo zobowiązanie jest wystarczające dla przyjęcia, że udostępnienie zasobu finansowego czy ekonomicznego następuje bezpośrednio na podstawie tegoż zobowiązania. CP SA wskazuje, że zostanie zawarta umowa cywilnoprawna, która będzie dotyczyła wskazanego podwykonawstwa, obejmującego użyczenie zasobów finansowych. Odwołujący stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza uznaje takie sformułowanie, zawarte w zobowiązaniu, wskazuje na niepewny i nieznanym Zamawiającemu zakres zobowiązań pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim. Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 591/14, w którym Izba stwierdziła, że nie można przyjąć, że wykonawca będzie realnie dysponował zasobami innego podmiotu, skoro udostępnienie tych zasobów ma nastąpić nie na mocy samego zobowiązania tego podmiotu, lecz na podstawie umów, które miałyby dopiero zostać w przyszłości zawarte, przy czym nie ma żadnej gwarancji, że do zawarcia tych umów rzeczywiście dojdzie, a jeżeli nawet umowy zostałyby zawarte, nie są znane warunki, na których miałyby nastąpić udostępnienie środków finansowych, ani nawet minimalna kwota środków finansowych, jaka miałyby zostać udostępniona.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie CP SA jest wadliwe, gdyż niepewne jest na jakich zasadach zdolność finansowa czy ekonomiczna zostanie udostępniona, o ile w ogóle

do tego udostępnienia dojdzie. Nie stanowi ono zatem dowodu udostępnienia przedmiotowych zdolności. W szczególności, przyszła umowa cywilnoprawna podwykonawstwa nie może określać jako sposobu wykorzystania zasobu *użyczenie* środków finansowych, gdyż te, zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, nie mogą stanowić przedmiotu użyczenia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (System Zamówień Publicznych w Polsce, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 158) *Zamawiający może zatem zażądać dokumentów o odpowiedzialności solidarnej wykonawcy i podmiotu, na którego zasoby ekonomiczne i finansowe powołuje się wykonawca. Uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentu dotyczącego odpowiedzialności solidarnej wykonawcy z innym podmiotem, na którego potencjał finansowy i ekonomiczny wykonawca się powołuje, wynika z kodeksu cywilnego (art. 369 k.c.) do którego stosowania ustawa Pzp w zakresie nieuregulowanym ustawą odsyła, a takie uprawnienie takie zostało przewidziane wprost w motywie 45. preambuły do dyrektywy 2004/18WE16. Również we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących obiektu liniowego w rozliczeniu kosztorysowym dostępnym na stronie internetowej UZP wskazano, że następujące oświadczenie – poparte zobowiązaniem podmiotu trzeciego – powinno się znaleźć w umowie na roboty budowlane:*

Wykonawca zapewnia, że (podmiot trzeci), na zasoby którego w zakresie zasobów finansowych Wykonawca powoływał się składając Ofertę, będzie ponosił wraz z Wykonawcą solidarną odpowiedzialność za wykonanie przedmiotu Umowy i w przypadku zaprzestania wykonywania Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niewypłacalności będzie zobowiązany do przekazania Wykonawcy środków zapewniających wykonanie przedmiotu Umowy. Wzajemne rozliczenia Wykonawcy i (podmiot trzeci) z tego tytułu nie obciążają Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że CP, w celu wykazania, że rzeczywiście dysponuje zasobami finansowymi czy ekonomicznymi CPSA, powinna przedłożyć zobowiązanie CPSA, w którym CPSA oświadcza, że będzie solidarnie odpowiedzialna za wykonanie całej umowy, a w przypadku niewypłacalności CP, przekaże (np. na podstawie umowy pożyczki) środki finansowe, zapewniające wykonanie przedmiotu umowy.

Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 378/14 oraz KIO 863/15, z których wynika stanowisko, że wskazywanie przez podmiot udostępniający zdolności finansowe czy ekonomiczne, że będzie on solidarnie odpowiedzialny z wykonawcą za wykonanie umowy, należy wykazywać, że wykonawca

realnie dysponuje tym zasobem, a przystąpienie do długu nie powinno być oceniane jako sprzeczne z przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, nie dochodzi tu bowiem do zmiany dłużnika, ale do pojawienia się – obok podmiotu dotychczas zobowiązanego – współdłużnika solidarnego. W ocenie Odwołującego zobowiązanie CPSA jest wadliwe, gdyż CPSA w żaden sposób nie zobowiązał się do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności z CP za rzetelną i terminową realizację umowy. Załączone zobowiązanie nie stanowi zatem dowodu udostępnienia przedmiotowych zdolności. Dopiero zobowiązanie się CPSA, że jako współdłużnik solidarny będzie odpowiadała przed Zamawiającym za realizację przedmiotowej umowy, pozwoli Zamawiającemu na przyjęcie, że CP dysponuje zasobami finansowymi czy ekonomicznymi CPSA jak własnymi, a zatem udostępnienie jest rzeczywiste, a nie tylko formalne.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wadliwość zobowiązania CPSA spowodowana jest również tym, że nie została w nim wskazana minimalna kwota która zostanie udostępniona w przypadku zaistnienia konieczności polegania na środkach finansowych CPSA. zobowiązanie nie stanowi zatem dowodu udostępnienia przedmiotowych zdolności. Dopiero wskazanie w zobowiązaniu minimalnej kwoty, która będzie wypełniała odnośny warunek SIWZ, pozwoli CP na udowodnienie, że faktycznie dysponuje udostępnionymi zasobami jak własnymi. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, z którego wynika, że zobowiązanie, w którym nie określono wartości środków finansowych podlegających udostępnieniu nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowania, a w konsekwencji udzielenie zamówienia w sposób naruszający przepisy Pzp, tj. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która podlega wykluczeniu – bezwzględnemu, lub względnie, po zastosowaniu procedury uzupełnień oferty. Tym samym – zdaniem Odwołującego – w postępowaniu w sposób rażący zostały naruszone podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, stanowiące że postępowanie prowadzi się z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia CP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, lub z ostrożności – wezwanie CP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku zdolności finansowej lub ekonomicznej, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Control Process EPC2 Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego oceny spełniania przez wykonawcę Control Process EPC2 Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający podał w odpowiedzi na odwołanie, że uwzględnia odwołanie w zakresie tego zarzutu, a Przystępujący podczas posiedzenia oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W Rozdziale XII SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. *Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:*

1.1. *Cena oferty brutto (C) 65 %*

1.2. *Łączna roczna ryczałtowa cena serwisu wybranych systemów i urządzeń w okresie gwarancji (S) 5 %*

1.3. *Termin wykonania i oddania do użytkowania hali sportowej z łącznikiem 10%*

1.4. *Doświadczenie zawodowe kierownika budowy (Db) 10 %*

1.5. *Doświadczenie kierowników robót:*

1.5.1. *Doświadczenie zawodowe kierownika montażu instalacji uzdatniania wody 5%*

1.5.2. *Doświadczenie zawodowe kierownika montażu automatyki i systemu BMS 5%*

(...)

2. *Punkty będą przyznawane wg następujących zasad:*

(...)

2.4. Doświadczenie zawodowe kierownika budowy (Db) – 10 %

Ocena ofert w tym kryterium zostanie dokonana wg następujących zasad:

- oferta, w której osoba wskazana przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy legitymująca się doświadczeniem wymaganym zgodnie z Rozdziałem V ust.2 pkt.2) lit b) siwz będzie dodatkowo posiadała doświadczenie polegające na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu jedną budową obiektu obejmującego budowę pływalni krytej z niecką basenu o długości toru min. 25 m – otrzyma 5 pkt.;
- oferta, w której osoba wskazana przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy legitymująca się doświadczeniem wymaganym zgodnie z Rozdziałem V ust.2 pkt.2) lit b) siwz będzie dodatkowo posiadała doświadczenie polegające na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat dwiema lub więcej budowami obejmującymi budowę pływalni krytej z niecką basenu o długości toru min. 25 m – otrzyma 10 pkt.

2.5.1 Doświadczenie zawodowe kierownika montażu instalacji uzdatniania wody (Duw) - 5%

Punkty w tym kryterium będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika montażu instalacji uzdatniania wody polegające na kierowaniu montażem zrealizowanej i oddanej do użytkowania instalacji uzdatniania wody basenowej.

Ocena ofert w tym kryterium zostanie dokonana wg następujących zasad:

- oferta, w której wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej legitymującą się doświadczeniem polegającym na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat przed terminem składania ofert trzema lub większą liczbą zrealizowanych robót polegających na montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, otrzyma 5 pkt.;
- oferta, w której wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej legitymującą się doświadczeniem polegającym na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat przed terminem składania ofert dwiema zrealizowanymi robotami polegającymi na montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, otrzyma 3 pkt.;
- oferta, w której wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej legitymującą się doświadczeniem polegającym na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat przed terminem

składania ofert jedną zrealizowaną robotą polegającą na montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, otrzyma 1 pkt.

2.5.2 Doświadczenie zawodowe kierownika montażu automatyki i systemu BMS (Da)

Punkty w tym kryterium będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS polegające na kierowaniu zrealizowanym montażem automatyki i systemu BMS w budynku pływalni krytej.

Ocena ofert w tym kryterium zostanie dokonana wg następujących zasad:

- oferta, w której wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS legitymującą się doświadczeniem polegającym na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat przed terminem składania ofert trzema i większą liczbą zrealizowanych robót obejmujących montaż automatyki i systemu BMS w budynku pływalni krytej, otrzyma 5 pkt.;*
- oferta, w której wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS legitymującą się doświadczeniem polegającym na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat przed terminem składania ofert dwiema zrealizowanymi robotami obejmującymi montaż automatyki i systemu BMS w budynku pływalni krytej, otrzyma 3 pkt.;*
- oferta, w której wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS legitymującą się doświadczeniem polegającym na kierowaniu w okresie ostatnich dziesięciu lat przed terminem składania ofert jedną zrealizowaną robotą obejmującą montaż automatyki i systemu BMS w budynku pływalni krytej, otrzyma 1 pkt.*

Wykonawcy zobowiązani byli do załączenia do oferty dokumentu JEDZ, a wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany był do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór stanowi załącznik nr 2.5) – rozdz. V pkt 3 SIWZ.

Przystępujący w wykazie osób oświadczył, że:

- pan I. O., wskazany do pełnienia funkcji kierownika budowy, zdobył m.in. doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy w ramach zadania *Budowa budynku*

krytej pływalni Zespołu Szkół nr 14 ul. Brucknera 10 we Wrocławiu, o wartości ok. 5 mln. zł, zrealizowanego w okresie styczeń - sierpień 2015 r. na rzecz Urzędu Miejskiego we Wrocławiu;

- pan D. S., wskazany do pełnienia funkcji kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, zdobył m.in. doświadczenie w ramach zadania *Budowa Term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim*, o wartości 96.500.000 zł, realizowanego na rzecz Starostwa Powiatowego w okresie maj 2015 r. - sierpień 2018 r.;
- pan P. B., wskazany do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS, zdobył doświadczenie m.in. w ramach zadania *Budowa Aquaparku w Koszalinie*, o wartości 86.000.000 zł, zrealizowanego w okresie październik 2013 r. -wrzesień 2014 r. na rzecz Zarządu Obiektów Sportowych w Koszalinie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 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 (pkt 16) oraz 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 (pkt 17).

W odniesieniu do doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy, Odwołujący w treści odwołania podniósł, że przedmiotem umowy nie była budowa budynku krytej pływalni Zespołu Szkół nr 14 (lecz jej rozbudowa, przebudowa i nadbudowa) oraz że przedmiotem umowy nie była budowa niecki basenowej, lecz jej remont. W ocenie Izby zarzuty te oparte są na nieuprawnionej interpretacji treści postanowienia zamieszczonego w punkcie XII pkt 2.4.

Odnosząc się do pierwszej z podniesionych przez Odwołującego kwestii, istotą sporu jest nie tyle faktyczny zakres robót wykonanych w ramach zadania *Budowa budynku krytej pływalni Zespołu Szkół nr 14 ul. Brucknera 10 we Wrocławiu*, co interpretacja pojęcia *budowa*. Zauważyć należy, że zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał doświadczenia w budowie krytej pływalni. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Okolicznością przyznaną przez Odwołującego jest to, że przedmiotowe zadanie obejmowało m.in. rozbudowę i nadbudowę krytej pływalni, tj. budowę w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Biorąc pod uwagę,

że Zamawiający nie wprowadził do SIWZ odmiennej definicji budowy na potrzeby oceny ofert w ramach przedmiotowego kryterium, nie powinno budzić wątpliwości, że określeniu *budowa* użytemu w opisie kryterium należy przypisać znaczenie nadane w przywołanej wyżej ustawie. Jak słusznie wskazał Zamawiający, kryterium to dotyczy osoby o określonych w przepisach prawa uprawnieniach budowlanych, a przedmiot zamówienia także podlega regulacjom Prawa budowlanego, posłużenie się definicją legalną zawartą w tych przepisach jest więc zasadne i uprawnione. Nie sposób podzielić stanowiska odrzucającego tę definicję i ograniczającego znaczenie pojęcia *budowa* wyłącznie do wykonania obiektu budowlanego od początku. Taka interpretacja nie znajduje – zdaniem Izby – żadnego oparcia w brzmieniu SIWZ, a zastosowanie jej przez Zamawiającego na etapie oceny ofert mogłoby być uznane za naruszające przepisy ustawy Pzp.

Również w zakresie drugiej z podniesionych przez Odwołującego kwestii stwierdzić należy, że stan faktyczny nie był między stronami sporny. Zamawiający przyznał, że przedmiot zamówienia obejmował przebudowę i remont niecki basenu, co nie stanowi budowy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane. Istotą sporu jest jednak to, czy zadanie wskazane jako doświadczenie kierownika budowy musiało obejmować budowę niecki basenu. W ocenie Izby takie wymaganie nie wynika z postanowienia punktu XII.2.4 SIWZ, w którym Zamawiający wymagał doświadczenia dotyczącego *budowy obiektu obejmującego budowę pływalni krytej z niecką basenu o długości toru min. 25 m*. Literalne brzmienie tego postanowienia wskazuje, że doświadczenie miało dotyczyć budowy krytej pływalni, zaś długość niecki basenu została podana jako wymagana cecha tej pływalni. Innymi słowy, z brzmienia SIWZ wynika, że Zamawiający wymagał doświadczenia dotyczącego budowy takiej pływalni krytej, która ma nieckę basenową o długości 25 m. Gdyby natomiast intencją Zamawiającego było premiowanie takiego doświadczenia, na jakie wskazuje Odwołujący, ww. postanowienie SIWZ powinno wskazywać na budowę pływalni krytej *obejmującą budowę/w tym budowę* niecki basenu o długości toru min. 25 m. Wobec brzmienia ww. postanowienia należy stwierdzić, że okoliczność, czy niecka basenowa objęta była budową, czy jedynie przebudową i remontem, pozostaje bez znaczenia dla spełniania wymagań określonych w tym kryterium, a skoro tak, to Zamawiający nie mógł być wprowadzony przez Przystępującego w błąd co do okoliczności wpływających na punktację oferty.

W związku z tym, że w zakresie tego zarzutu istotą sporu była interpretacja postanowień SIWZ, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje złożony przez Odwołującego dowód w postaci pisma Zarządu Inwestycji Miejskich we Wrocławiu wraz z załącznikami. Dowód ten potwierdza okoliczności, które nie były między stronami sporne,

tj. że inwestycja obejmowała rozbudowę, przebudowę i nadbudowę basenu oraz remont niecki basenowej.

Zdaniem Izby, prezentowaną przez Odwołującego interpretację punktu XII.2.4 SIWZ należy uznać za wprowadzającą wymaganie niewyrażone wprost w tym postanowieniu, co jest niedopuszczalne. W tej sytuacji na marginesie jedynie można wskazać, że nawet gdyby uznać tę interpretację za jedną z możliwych, nieuprawnione byłoby jej zastosowanie na niekorzyść wykonawcy i przypisanie wykonawcy chociażby lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji Zamawiającemu.

W odniesieniu do informacji na temat doświadczenia pana D. S. i pana P. B., podkreślenia wymaga, że osoby te zostały wskazane do pełnienia funkcji odpowiednio: kierownika montażu instalacji uzdatniania wody oraz kierownika montażu automatyki i systemu BMS, które to funkcje – jak słusznie podniósł Zamawiający – nie są samodzielnymi funkcjami technicznymi w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. W punktach XII.2.5.1 i XII.2.5.2 Zamawiający wymagał, aby ww. osoby legitymowały się doświadczeniem polegającym odpowiednio na: kierowaniu montażem zrealizowanej i oddanej do użytkowania instalacji uzdatniania wody basenowej oraz kierowaniu robotami obejmującymi montaż automatyki i systemu BMS w budynku pływalni krytej. Zamawiający wskazał więc raczej na doświadczenie w wykonaniu określonego rodzaju czynności/prac (kierowanie montażem), nie zaś na pełnienie określonej z nazwy funkcji. Wobec powyższego już tylko z tego powodu trudno uznać za zasadny zarzut oparty na tezie, że *podczas budowy Term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim w ogóle nie była pełniona funkcja kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej, zatem ani pan D. S., ani żadna inna osoba w ogóle nie nabyła na tej inwestycji doświadczenia w kierowaniu montażem instalacji uzdatniania wody basenowej*. W świetle SIWZ nie ma bowiem znaczenia, czy w ramach zadania była wyodrębniona funkcja o nazwie *kierownik montażu instalacji uzdatniania wody basenowej*, istotne jest to, czy osoba wskazana przez wykonawcę wykonała czynności polegające na kierowaniu takim montażem. Wobec powyższego za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że wystarczające jest, aby dana osoba kierowała pracą monterów i zarządzała procesem montażu. Może to być *kierowanie* wynikające z wewnętrznej organizacji pracy podmiotu wykonującego montaż (np. podwykonawcy). Odwołujący natomiast zdaje się identyfikować przedmiotowe wymaganie z pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (a więc z kierownikiem robót o danej specjalności), które to funkcje jednak – zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo budowlane – dotyczą poszczególnych rodzajów robót (architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, inżynierskiej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, cieplnych,

wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych), nie zaś określonych urządzeń.

Analogiczną argumentację należy przyjąć w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika montażu automatyki i systemu BMS. Również w tym przypadku Zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na wykonywaniu określonych czynności faktycznych (kierowaniu montażem). Tym samym, nawet gdyby przyjąć, że podczas budowy Aquaparku w Koszalinie funkcja o nazwie *kierownik montażu automatyki i systemu BMS* była pełniona przez inną osobę, dla wykazania zasadności zarzutów należałoby udowodnić, że pan P. B. faktycznie nie pracował przy montażu systemu, kierując jego pracami z ramienia podwykonawcy realizującego ten zakres prac.

Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, na poparcie swoich twierdzeń przedłożył:

- w odniesieniu do pana D. S. – pismo ze Starostwa Powiatowego w Lidzbarku Warmińskim, w którym poinformowano, że inwestycja obejmowała montaż zrealizowanej i oddanej do użytkowania instalacji uzdatniania wody basenowej oraz że w toku realizacji inwestycji nie było funkcji kierownika montażu tej instalacji; do pisma załączono kopie wpisów z dziennika budowy;
- w odniesieniu do pana P. B. – pismo Zarządu Obiektów Sportowych Sp. z o.o. w Koszalinie, w którym poinformowano, że inwestycja obejmowała zrealizowany montaż automatyki i systemu BMS oraz że funkcję kierownika montażu automatyki i systemu BMS pełniła jedna osoba, tj. pan M. P.; do pisma załączono kopie wpisów z dziennika budowy;
- pismo z BOSiR w Białogardzie, stwierdzające, że w ramach inwestycji dot. budowy krytej pływalni w Białogardzie pan D. S. pełnił funkcję kierownika montażu instalacji uzdatniania wody basenowej.

Przystępujący natomiast przedłożył:

- w odniesieniu do pana D. S. – pismo Media Technik Sp. z o.o. Sp.k., informujące, że firma ta wykonywała na obiekcie Term Warmińskich w Lidzbarku Warmińskim prace z zakresu instalacji systemu uzdatniania wody basenowej oraz że prace te prowadził i koordynował z ramienia Media Technik pan D. S. pełniący w tej firmie funkcję kierownika montażu instalacji uzdatniania wody; do pisma załączono kopię protokołu odbioru końcowego, podpisanego m.in. przez pana D. S. .
- w odniesieniu do pana P. B. – pismo Dan-Poltherm zawierające oświadczenie, że podmiot ten wykonywał na obiekcie Aquapark Koszalin prace z zakresu automatyki urządzeń

basenowych, w tym systemu BMS, oraz że całość zamówienia z ramienia Dan-Poltherm koordynował kierownik działu automatyki pan M. C., a pod nadzorem pana M. C. pracami na budowie w zakresie automatyki urządzeń basenowych w tym systemu BMS kierował Pan P. B. .

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że dowody przedłożone przez Odwołującego są informacjami pochodzącymi od podmiotów, na rzecz których inwestycje zostały zrealizowane. Biorąc pod uwagę, że – jak wcześniej wskazano – kierowanie montażem instalacji uzdatniania wody basenowej oraz kierowanie robotami obejmującymi montaż automatyki i systemu BMS nie dotyczy samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, osoby wykonujące te czynności mogły nie zostać ujawnione w dzienniku budowy, a inwestorzy mogli nie mieć wiedzy o wykonywaniu przez nich tych prac. Dodatkowo wydaje się, że Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. w Koszalinie – podobnie jak sam Odwołujący – błędnie identyfikuje kierownika montażu automatyki i systemu BMS z pełnieniem funkcji kierownika robót elektrycznych. Jak bowiem wynika z treści pisma, podstawą udzielonych odpowiedzi były wpisy do dziennika budowy, w według tych wpisów wskazana w piśmie osoba (pan M. P.) pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych. Z kolei pismo z BOSiR w Białogardzie, dotyczy inwestycji nieobjętej zarzutami odwołania, a okoliczności, że ten konkretny inwestor miał wiedzę o osobie kierującej montażem instalacji uzdatniania wody basenowej, nie można uznać za dowód, że każdy inwestor ma pełną wiedzę na temat osób zaangażowanych w tego rodzaju czynności.

W tym miejscu wskazać należy, że postanowieniem wydanym podczas rozprawy Izba oddaliła wniosek Odwołującego o odroczenie rozprawy w celu umożliwienia mu weryfikacji dowodów przedłożonych przez Przystępującego. Izba stwierdziła, że Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, powinien być przygotowany do przedłożenia wszystkich dowodów na rozprawie, a w toku rozprawy nie zaistniały żadne nieprzewidziane okoliczności, które usprawiedliwiałyby udzielenie Odwołującemu dodatkowego terminu na zgromadzenie i przedstawienie dowodów.

Dowody przedłożone przez Przystępującego pochodzą natomiast bezpośrednio od podmiotów wykonujących w ramach wskazanych inwestycji prace dotyczące systemu uzdatniania wody oraz automatyki, mających zatem pełną wiedzę na temat własnego personelu uczestniczącego w wykonywaniu zadania. W związku z tym, w ocenie Izby, dokumenty złożone przez Odwołującego nie mogą stanowić dowodu zaprzeczającego okolicznościom wynikającym z dowodów, które złożył Przystępujący. Jednocześnie nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, jakoby Przystępujący – w celu wykazania prawdziwości podanych przez siebie informacji – powinien przedłożyć umowy o pracę (lub umowy cywilnoprawne) zawarte z panem D. S. i panem P. B. . Zauważenia

wymaga bowiem, że umowy o pracę nie określają zakresu czynności wykonywanych w ramach konkretnego zadania inwestycyjnego, również umowy cywilnoprawne nie muszą być zawierane na potrzeby realizacji konkretnej inwestycji.

Niezależnie od powyższego stanowiska podkreślenia wymaga, że nawet w przypadku dopuszczenia odmiennej interpretacji postanowień SIWZ (do czego jednak – zdaniem Izby – nie ma podstaw) nieuprawnione byłoby jej zastosowanie na niekorzyść wykonawcy i przypisanie wykonawcy chociażby lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji Zamawiającemu.

Należy zatem stwierdzić, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. W konsekwencji brak jest również podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do zarzucanego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że jest to zarzut niezasadny i wadliwy przez sam fakt, że wskazany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca. W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....