

WYROK

z dnia 25 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak –Żuraw
Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Tamex Obiekty Sportowe S.A., Hydrogop Sp. z o.o., Ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice, Młyńska 4, 40-098 Katowice**, przy udziale wykonawcy **POLCOURT S.A., ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie wykonawcy POLCOURT S.A., ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa i uznanie jego oferty za odrzuconą,**
2. **kosztami postępowania obciąża POLCOURT S.A., ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tamex Obiekty Sportowe S.A., Hydrogop Sp. z o.o., Ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od POLCOURT S.A., ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tamex Obiekty Sportowe S.A., Hydrogop Sp. z o.o., Ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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

Miasto Katowice, 40-098 Katowice, ul. Młyńska 4 (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn.: „Wykonanie modernizacji Ośrodka Sportowego przy ul. Alfreda 1 w Katowicach - etap II. Łączną wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane udzielanego w częściach oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2012 r., 2012/S 133-221095.

W dniu 12 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TAMEX Obiekty Sportowe S.A. (lider), 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38, Hydrogop sp. z o. o., 40-749 Katowice, ul. Tartaczna 20 (dalej „Odwołujący”) od czynności polegających na niewykluczeniu wykonawcy - Polcourt S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Polcourt”) oraz na wyborze jako najkorzystniejszej złożonej przez niego oferty. W ocenie Odwołującego, zachowanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów przywołanych w treści odwołania, bowiem Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Polcourt, który podlegał wykluczeniu i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Polcourt, wybrał ofertę Polcourt, w związku z czym Odwołujący wnosil o nakazanie:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Polcourt jako najkorzystniejszej,

b) powtórzenia badania i oceny ofert i w konsekwencji:

- wykluczenia Polcourt z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp bądź odrzucenia oferty Polcourt na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp,

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Informacja o wyborze oferty Polcourt została przesłana Odwołującemu za pomocą faksu w dniu 2 października 2012 r. Mając to na uwadze zdaniem Odwołującego uznaje należy, iż ustawowy termin dla wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej został dochowany.

Odwołujący, mając interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, albowiem wybór przez Zamawiającego oferty złożonej przez Polcourt - wykonawcę, podlegającego wykluczeniu powoduje, iż Odwołujący, który złożył najkorzystniejszą ofertę, zgodną z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) jest pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W pkt 12 ppkt 2 lit. d) Części III SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, prace polegające na wykonaniu:

„d) sieci zewnętrznych:

- kanalizacji z rur PVC o śr. nie mniejszej niż DN 315 i dł. min 100 mb,
- wodociągowej z rur PE o śr. nie mniejszej niż Dn 160 i długości 300m,
- sieci co z rur preizolowanych w technologii tradycyjnej i PEX o średnicy nie mniejszej niż DN 50 i długości 50 m”

W pkt 14 Części III SIWZ, Zamawiający wskazał, iż wykonawcy mogą polegać na zasobach osób trzecich, powielając w ppkt 1 treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jednocześnie w ppkt 2, Zamawiający zawarł bardziej szczegółową regulację dotyczącą sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, takie jak wiedza i doświadczenie, które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu, wskazując, iż konieczne jest wówczas wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Dodatkowo, Zamawiający dołączył do SIWZ jako załącznik nr 2 wzór „oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów”, które w przypadku korzystania z wiedzy i doświadczenia winno wskazywać: zakres zobowiązania, sposób w jaki będzie wykonane a także na jakich zasadach będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Co więcej, w pkt 15 ppkt 3 lit. f) Części IV SIWZ, Zamawiający określił, iż „jeżeli wykonawca wykazując

spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest wykazanie za pomocą dokumentów wymienionych w cz. IV pkt 15.4 „a” - „f” SIWZ, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 Ustawy”.

W Części IV pkt 15.4 lit a) - f) SIWZ wymienione zostały wszystkie dokumenty wskazane w § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226 poz. 1817).

Polcourt celem wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 12 ppkt 2 lit. d) SIWZ wskazał w wykazie robót budowlanych zadanie pn. „Rozbudowa ulic oznaczonych w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego miasta Biała Podlaska obejmującego obszar Północna symbolami : 04 KZ wraz z uzbrojeniem” gdzie wykazano zrealizowanie sieci wodociągowej PR śr 160mm 1280m oraz zadanie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 689 Siedlce Łosice Konstantynów Terespol na odcinku Krzyczew dr krajowa nr 67 od km 87 +980 do 94 + 550”, zrealizowane przez Budomex sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej (dalej „Budomex”), wraz z referencjami. Wraz z ofertą Polcourt przedłożył zobowiązanie Budomex z dnia 25 lipca 2012 r. do udzielenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia. Oświadczenie Budomex nie zostało sporządzone na wzorze opracowanym przez Zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Co więcej, zobowiązanie to nie zawierało elementów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności nie wskazywało zakresu zobowiązania, nie określało w jaki sposób Budomex udostępni Polcourt posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz czy Budomex będzie brał udział w realizacji części zamówienia i na jakich zasadach będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia. Pismem z dnia 12 września 2012r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Polcourt do uzupełnień. W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 14 września 2012 r.) Polcourt przekazał m.in. oświadczenie podmiotu - Budomex - o oddaniu niezbędnych zasobów sporządzone na wzorze opracowanym przez Zamawiającego, datowane na dzień 17 sierpnia 2012 r. W pkt 1 - 3 oświadczenia określono:

- zakres zobowiązania dotyczy wiedzy i doświadczenia w zakresie sieci zewnętrznych;
- że sposób w jaki zobowiązanie będzie wykonane to: „wyznaczenie doświadczonych osób sprawujących nadzór nad budową pod względem merytorycznym i dodatkowo wspomagająca prace Kierownika Robót”;
- przy miejscu na wpisanie „zasad na jakich będzie polegało uczestnictwo innego

podmiotu w wykonywaniu zamówienia (tj. w jakiej formie zostanie nawiązana współpraca) wskazano „umowa” nie określając jej typu, przedmiotu oraz zakresu.

Abstrahując od innych wątpliwości dotyczących przedłożonego zobowiązania związanych z późniejszymi oświadczeniami Budomex, o których będzie mowa w dalszej części odwołania, w ocenie Odwołującego, oświadczenie przekazane przez Polcourt w ramach uzupełnień nie powinno być uznane za dowód, iż Polcourt rzeczywiście będzie mógł korzystać z wiedzy i doświadczenia Budomex przy realizacji zamówienia. Ponadto, w ramach dokonanego uzupełnienia nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zwracał uwagę, iż wzór oświadczenia opracowanego przez Zamawiającego zawierał istotną adnotację stanowiącą, iż „w przypadku udostępnienia wiedzy lub doświadczenia forma współpracy winna uwzględniać specyfikę prac które będą przedmiotem współpracy.” Tymczasem w pkt 3 oświadczenia, w którym Zamawiający wymagał dookreślenia tej formy, wskazano jedynie, iż będzie to „umowa”. Trudno uznać takie określenie „zasad na jakich będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia”, które winny uwzględniać „specyfikę prac które będą przedmiotem współpracy” za dowód dający przekonanie, iż Polcourt będzie miał rzeczywistą możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia Budomex. Co więcej, wskazanie w pkt 2 oświadczenia Budomex sposobu w jaki zobowiązanie będzie wykonane mnoży kolejne wątpliwości. Wskazany bowiem sposób przewiduje de facto delegowanie niewiadomej ilości osób do wsparcia Polcourt przy wykonywaniu zamówienia. Konstrukcja ta przypomina bardziej udostępnienie osób a nie przekazanie wiedzy i doświadczenia, którego nośnikiem nie są jedynie osoby tam pracujące ale przedsiębiorstwo jako określona forma organizacyjna. Jak trafnie zauważa G. Wicik w artykule „Dopuszczalność powoływania się na zdolności innych podmiotów”, zamieszczonym w Kwartalniku Prawo Zamówień Publicznych Nr 4 (23)/2009: „nie przyznamy przedsiębiorcy A prawa do dysponowania wiedzą i doświadczeniem innego przedsiębiorcy B, jeżeli A «podkupił» niektórych pracowników B.” Autor słusznie twierdzi, iż „wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozzerwalnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owo połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości.”

Zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Innymi słowy, z treści oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez wykonawcę winna wyraźnie wynikać możliwość realnego skorzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia i sposób w jaki korzystanie to będzie osiągnięte. W przypadku przewidzenia podwykonawstwa danego rodzaju prac jako sposobu przekazania przez inny podmiot wiedzy i doświadczenia w wykonawstwie tego rodzaju prac, udowodnienie jest znacznie łatwiejsze. Skoro bowiem określone prace będą realizowane przez podmiot, który legitymuje się doświadczeniem i wiedzą w ich wykonywaniu można mieć pewność, że zasoby te będą wykorzystane. W przypadku jednak, gdy wiedza i doświadczenie mają być przekazane w innej formie, stopień trudności udowodnienia przez wykonawcę tego, iż możliwe będzie rzeczywiste wykorzystanie zasobów podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia znacząco wzrasta. W takim przypadku treść oświadczenia czy dokumentów przekazywanych przez wykonawcę powinna wyraźnie wskazywać czytelną „ścieżkę” jaką będzie odbywał się transfer wiedzy i doświadczenia z jednego przedsiębiorstwa do drugiego. W ocenie Odwołującego, treść wpisana przez Budomex we wzorze oświadczenia nie pokazuje takiej „ścieżki”, zatem Zamawiający nie powinien uznać za udowodnioną możliwości faktycznego dysponowania przez Polcourt wiedzą i doświadczeniem Budomex. Godzi się podkreślić, iż Zamawiający jest nie tylko uprawniony ale i zobowiązany do rzetelnej oceny czy na podstawie złożonego przez wykonawcę zobowiązania nastąpiło udowodnienie rzeczywistego dysponowania wymienionym w tym dokumencie zasobem. Uwzględniając fakt, iż Polcourt nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia oraz treść oświadczenia Budomex przedłożonego przez Polcourt, Zamawiający nie był uprawniony do uznania, iż Polcourt wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania sieci zewnętrznych.

Kolejną przyczyną, dla której Odwołujący twierdzi, iż Polcourt nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest brak przekazania dokumentów określonych w Części IV pkt 15.4 lit a) - f) SIWZ w odniesieniu do podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie - Budomex. O ile z treści pierwszego zobowiązania nie wynikało uczestnictwo Budomex w realizacji części zamówienia, o tyle z treści oświadczenia przekazanego w ramach uzupełnienia wynika udział w realizacji części zamówienia. W myśl twierdzeń Odwołującego uzasadnionych powyżej, sposób przekazania zasobów oraz forma udziału w realizacji zamówienia opisana w oświadczeniu Budomex z dnia 17 sierpnia 2012 r. nie pozwala na skuteczny transfer wiedzy i doświadczenia, tym niemniej z treści tegoż oświadczenia wynika wola uczestnictwa w wykonaniu zamówienia. Wobec powyższego,

zgodnie z postanowieniami pkt 15 ppkt 3 lit. f) Części IV SIWZ, Polcourt zobowiązany był do wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w cz. IV pkt 15.4 „a” - „f” SIWZ, iż w stosunku do podmiotu trzeciego nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż Polcourt powinien przekazać wszystkie dokumenty wymienione w § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dotyczące Budomex, a jeśli tego nie uczynił winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą.

Kolejną okoliczność, która w ocenie Odwołującego powoduje, że Zamawiający nie mógł uznać za udowodnione, iż Polcourt będzie miał realną możliwość skorzystania z zasobów Budomex stanowi treść pisma Budomex z dnia 20 września 2012 r. skierowanego do Zamawiającego i Polcourt. W odniesieniu do tego pisma należy przede wszystkim wskazać, iż nie mniej istotne od samego wycofania się Budomex z zobowiązania do udostępnienia Polcourt zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, jest wskazanie w piśmie powodu, dla którego Budomex odwołał swoje zobowiązania. Z treści pisma wyraźnie wynika, że warunkiem użyczenia przez Budomex wiedzy i doświadczenia było powierzenie tej spółce realizacji robót sanitarnych w przypadku pozyskania zamówienia przez Polcourt. Takie porozumienia oferentów z podmiotami udostępniającymi zasoby są powszechną praktyką funkcjonującą na rynku budowlanym. Wykonawca, który nie jest w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu, zwraca się do innego podmiotu, posiadającego wymagany zasób o jego udostępnienie. Podmiot trzeci godzi się ów zasób udostępnić w zamian za zobowiązanie wykonawcy do powierzenia mu w charakterze podwykonawcy wykonania części robót w ramach zamówienia.

Lektura pisma Budomex z dnia 20 września 2012 r. r., które Zamawiający otrzymał w dniu 25 września 2012 r., a zatem jeszcze przed wyborem oferty Polcourt, prowadzi do wniosku, iż właśnie na takich warunkach Budomex zgodził się udostępnić swoją wiedzę i doświadczenie Polcourt. Powyższe oznacza, iż zarówno zobowiązanie Budomex z dnia 25 lipca 2012 r. przedłożone przez Polcourt w ramach oferty jak i zobowiązanie z dnia 17 sierpnia 2012 r. przedłożone w ramach uzupełnienia stanowią oświadczenia woli Budomex dotknięte wadą prawną jako złożone pod wpływem błędu w rozumieniu art. 84 k.c. Pismo Budomex z dnia 20 września 2012 r. z prawnego punktu widzenia stanowi przewidziane w art. 88 § 1 k.c. oświadczenie Budomex o uchyleniu się od skutków prawnych zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia udzielonego pod wpływem błędu. Budomex powziąwszy informację, iż określony w pkt 10 oferty Polcourt zakres robót, który nie będzie

wykonywany osobiście przez wykonawcę, nie obejmuje robót sanitarnych, wycofał swoje zobowiązanie.

Niezależnie od aspektu prawnego, na podstawie tego pisma Zamawiający powinien również przyjąć do wiadomości, że zobowiązanie Budomexu zostało udzielone pod warunkiem powierzenia mu przez Polcourt podwykonawstwa robót sanitarnych, co przez brak wskazania tego zakresu w ofercie Polcourt nie będzie możliwe. Zamawiający wymagał bowiem wskazania w ofercie zakresu robót, których wykonawca nie będzie wykonywał osobiście a potencjalne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego po jej zawarciu, określone we wzorze umowy zgodnie z przepisem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, nie obejmują możliwości modyfikacji zakresu robót powierzanych podwykonawcom w stosunku do treści złożonej oferty. Potwierdza to również treść postanowienia § 2 ust. 2 wzoru umowy. Powyższe okoliczności nie powinny być pomijane przez Zamawiającego przy dokonywaniu oceny czy Polcourt udowodnił możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia Budomex, a tym samym czy spełnił warunki udziału w postępowaniu. Według Odwołującego na podstawie całokształtu zgromadzonych oświadczeń i dokumentów, ocena ta może być wyłącznie negatywna. Odwołujący pragnie również wskazać, iż otrzymawszy pismo Budomex z dnia 20 września 2012 r. Zamawiający, będąc przecież zobowiązanym do rzetelnego przeprowadzenia postępowania, powinien rozważyć czy zobowiązanie z dnia 17 sierpnia 2012 r. nie stanowi pozornego oświadczenia woli, w rozumieniu art. 83 k.c., które byłoby nieważne z mocy prawa. W świetle pisma Budomex z dnia 20. września 2012 r. nie powinno bowiem budzić wątpliwości, iż treść zobowiązania Budomex z dnia 17 sierpnia 2012 r. nie odpowiada uzgodnieniom Budomex i Polcourt co do sposobu uczestnictwa Budomex w realizacji zamówienia.

Bez znaczenia dla powyższych rozważań pozostaje okoliczność, iż Budomex w dniu 21 września 2012 r. wydał oświadczenie, w którym odwołuje pismo z dnia 20 września 2012 r. Oświadczenie to Zamawiający otrzymał w dniu 27. września 2012 r., zatem dwa dni po otrzymaniu wcześniejszego pisma Budomexu, w którym uchyla się on od skutków prawnych zobowiązań udzielonych Polcourt. Wobec powyższego oświadczenie Budomex z dnia 21 września 2012 nie może być uznane za skuteczne, bowiem zgodnie z art. 61 § 1 k.c., aby odwołanie wcześniejszego oświadczenia było skuteczne musi być dostarczone w tym samym dniu lub wcześniej w którym doręczono odwoływane oświadczenie. Poza tym, pomijając nawet kwestię prawnej nieskuteczności odwołania oświadczenia Budomexu z dnia 20 września 2012 r. opis stanu rzeczywistego, który wynika z pisma z dnia 20 września 2012 r., tj. zamiar Polcourtu posłużenia się wiedzą i doświadczeniem Budomex jedynie dla pozornego wykazania spełniania warunków, a nie celem zapewnienia realnej możliwości

skorzystania z potencjału Budomex w zakresie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia, nie może być „odwołany”.

Oznacza to, że pomimo otrzymania pisma Budomex z dnia 21 września 2012 r. nie powinien być uznany za udowodnionej okoliczności, iż Polcourt będzie miał możliwość faktycznego wykorzystania wiedzy i doświadczenia Budomex w zakresie wykonania sieci zewnętrznych. Dodatkowo, w świetle wiedzy pozyskanej przez Zamawiającego z pisma Budomex z dnia 20 września 2012 r., Zamawiający, będąc zobowiązanym na mocy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp do przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, winien rozważyć czy informacje przedstawiane przez Polcourt w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności co do sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez Budomex nie stanowią nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Rekapitulując, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowego badania i oceny oferty Polcourt, uznając, iż wykonawca ten spełnił warunki udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 12.2 lit. d). Zarówno treść zobowiązania Budomex, brak przekazania dokumentów podmiotowych dotyczących Budomex, jak i późniejsze oświadczenie Budomex otrzymane wszak przed decyzją o wyborze oferty najkorzystniejszej nie pozwalały na uznanie za udowodnione dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wybierając ofertę Polcourt doprowadza do sytuacji, w której zamówienie pozyska wykonawca, który sam nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem, a jest jedynie w stanie uzyskać od podmiotu trzeciego niedookreślone oświadczenie, za którym nie stoi żadne realne zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia ani które nie opisuje sposobu, w jaki będzie możliwe wykorzystanie tej wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia. Konsekwencją takiego postępowania Zamawiającego jest powierzenie zamówienia publicznego przedsiębiorcy, który nie zapewnia należytego wykonania tegoż zamówienia. Takie działania pozostaje w istotnej sprzeczności z celami prawa zamówień publicznych. Mając powyższe na uwadze wnioski i zarzuty niniejszego środka ochrony prawnej uznać należy za konieczne i uzasadnione.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 12 października 2012 r.

Dnia 15 października 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 16 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Polcourt, w którym wnosił o oddalenie odwołania.

Dnia 19 października 2012 r. Zamawiający wniósł faksem (oryginał wpłynął 23 października 2012 r.) odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż po rozpatrzeniu odwołania i przedstawionych w nim zarzutów odwołanie podlega uwzględnieniu. Zamawiający stwierdzał, iż Polcourt uzupełnił w dniu 14 września 2012 r. swoją ofertę o oświadczenie podmiotu trzeciego Budomex, z którego wynika, że podmiot ten oddaje do dyspozycji Polcourt niezbędne zasoby tj. wiedzę i doświadczenie (w zakresie sieci zewnętrznych), na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, poprzez wyznaczenie doświadczonych osób sprawujących nadzór nad budową pod względem merytorycznym i dodatkowo wspomagających pracę kierownika. W punkcie trzecim oświadczone, że formą nawiązania współpracy będzie podpisanie umowy. Zdaniem Zamawiającego wszystkie niezbędne elementy udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci zostały określone w tym oświadczeniu. Trudno zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż z oświadczenia wynika, że odda do dyspozycji tylko swój potencjał kadrowy. Budomex oświadczył, że udostępni swoje doświadczenie poprzez wyznaczenie do stałych kontaktów z kierownikiem budowy doświadczonych osób sprawujących nadzór i wspomagających pracę kierownika budowy. Współpraca z firmą Budomex nie będzie polegała na udziale tej firmy w wykonaniu części zamówienia - więc Zamawiający nie wymagał, aby zostały załączone do oferty dokumenty potwierdzające, że firma ta nie podlega wykluczeniu z postępowaniu. Jednak w dniu 20 września 2012 r. firma Budomex przesłała (faks i email) do

Zamawiającego oświadczenie, iż w związku z tym, że w ofercie Polcourt nie wykazano, iż zakres robót sanitarnych zostanie zlecony podwykonawcy nie będzie możliwe, aby w trakcie wykonywania zamówienia jego firma została zgłoszona jako podwykonawca - to firma wycofuje swoje zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Pismo to (odwołujące zobowiązanie) do użyczenia swojej wiedzy i doświadczenia) zostało odwołane przez Budomex w dniu 21 września 2012 r. (email). Zamawiający zgadza się z Odwołującym, iż skuteczne cofnięcie oświadczenia z dnia 20 września mogło nastąpić jedynie w tym samym dniu (lub wcześniej zanim doręczono odwołanie oświadczenia) i Zamawiający powinien był wykluczyć firmę Polcourt z postępowania, ponieważ nie spełniała ona warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do

uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający jednocześnie informował, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba rozpoznaje odwołanie. W takim przypadku zastosowanie będzie miał art. 186 ust 6. pkt 3 b ustawy Pzp i koszty odwołania poniesie wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostanie uwzględnione przez Izbę .

W dniu 19 października 2012 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Polcourt do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględniania w całości zarzutów odwołania.

W dniu 22 października 2012 r. wykonawca Polcourt wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izby ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt 12 ppkt 2 lit. d) Części III SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, prace polegające na wykonaniu:

„d) sieci zewnętrznych:

- kanalizacji z rur PVC o śr. nie mniejszej niż DN 315 i dł. min 100 mb,
- wodociągowej z rur PE o śr. nie mniejszej niż Dn 160 i długości 300m,
- sieci co z rur preizolowanych w technologii tradycyjnej i PEX o średnicy nie mniejszej niż DN 50 i długości 50 m".

W pkt 14 Części III SIWZ, Zamawiający wskazał, iż:

"1) Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca

zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

2) W sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym (np. doświadczenie), które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu - konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia.

W tym przypadku w zobowiązaniu, o którym mowa w pkt 14 (wzór którego stanowi załącznik do siwz) należy określić czego zobowiązanie dotyczy, a także winno ono wskazywać: zakres zobowiązania, sposób, w jaki będzie wykonane a także na jakich zasadach będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

W przypadku posługiwania się potencjałem innego podmiotu dla wykazania doświadczenia wykonawcy forma współpracy pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem winna uwzględniać specyfikę tych prac".

Zamawiający dołączył do SIWZ jako załącznik nr 2 wzór „oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów”, które przewidywał, iż jeżeli udostępnione zostanie doświadczenie lub wiedza wykonawca winien dodatkowo określić: zakres zobowiązania (wskazać czego dotyczy), sposób w jaki będzie wykonane, zasady na jakich będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia (tj. w jakiej formie zostanie nawiązana współpraca). We wzorze zawarto pkt Uwaga, gdzie Zamawiający podał, iż:

"W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu i które nie mogą być udostępnione bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (np. doświadczenie) - taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

W przypadku udostępnienia doświadczenia lub wiedzy forma współpracy winna uwzględniać specyfikę prac które będą przedmiotem współpracy".

W pkt 15 ppkt 3 lit. f) Części IV SIWZ Zamawiający określił, iż: „Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest wykazanie za pomocą dokumentów wymienionych w cz. IV pkt 15.4 „a” - „f” siwz, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy”. Z kolei w pkt 15 ppkt 3 lit. g) Części IV SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia w przypadku określonym w

pkt 14 cz. III SIWZ - pisemnego zobowiązania podmiotów, że oddane zostaną do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - wg wzoru załączonego do SIWZ.

W Części IV pkt 15 ppkt 4 lit a) - f) SIWZ wymienione zostały dokumenty wskazane w § 2 ust. 1 w zw. § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Polcourt celem wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 12 ppkt 2 lit. d) SIWZ wskazał w wykazie robót budowlanych zadanie pn. „Budowa ulic oznaczonych w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego miasta Biała Podlaska obejmującego obszar Północna symbolami: 04 KZ wraz z uzbrojeniem”, gdzie wykazano zrealizowanie sieci wodociągowej PR śr. 160mm 1280m oraz zadanie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 689 Siedlce Łosice Konstantynów Terespol na odcinku Krzyczew dr krajowa nr 67 od km 87 +980 do 94 + 550” obejmujące zakres prac: wykonanie kanalizacji z rur PVC o śr. DN 315 długość 310 m, zrealizowane przez Budomex wraz z referencjami. Wraz z ofertą Polcourt przedłożył zobowiązanie Budomex z dnia 25 lipca 2012 r. do udzielenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia. Oświadczenie Budomex nie zostało sporządzone na wzorze opracowanym przez Zamawiającego stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.

Pismem z dnia 12 września 2012r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Polcourt do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że:

"1. Zamawiający w pkt 15.3.f oraz g siwz wymagał aby jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy p.z.p. polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., załączył do swojej oferty oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz tj zawierające informacje dotyczące formy udostępnienia swojego potencjału w tym:

Jeśli udostępnione zostanie doświadczenie lub wiedza wykonawca winien dodatkowo określić

- 1) Zakres zobowiązania (*wskazać czego dotyczy*)
- 2) Sposób w jaki będzie wykonane

- 3) Zasad na jakich będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówieni (tj. w jakiej formie zostanie nawiązana współpraca)

Załączone do oferty oświadczenie podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie nie wskazuje w jaki sposób podmiot ten jej udostępni wykonawcy.

W związku z powyższym, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. Komisja zwraca się o uzupełnienie oferty o oświadczenie o treści takiej jak określa załącznik nr 2 do siwz tj zawierające wymagane informacje)".

Termin uzupełnienia wyznaczono na 17 września 2012 r.

W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 14 września 2012 r.) Polcourt przekazał m.in. oświadczenie podmiotu - Budomex - o oddaniu niezbędnych zasobów sporządzone na wzorze opracowanym przez Zamawiającego, datowane na dzień 17 sierpnia 2012 r. W pkt 1 - 3 oświadczenia określono:

- zakres zobowiązania: dotyczy wiedzy i doświadczenia w zakresie sieci zewnętrznych;
- sposób w jaki zobowiązanie będzie wykonane: „wyznaczenie doświadczonych osób sprawujących nadzór nad budową pod względem merytorycznym i dodatkowo wspomagająca prace Kierownika Robót”;
- zasady na jakich będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia (tj. w jakiej formie zostanie nawiązana współpraca): podano „umowa”, nie określając jej typu, przedmiotu oraz zakresu.

Pismem z dnia 20 września 2012 r. udostępniający doświadczenie - Budomex - złożył oświadczenie, że w ofercie Polcourt nie wykazano robót sanitarnych do realizacji przez podwykonawców, na zakres którego udzielił zobowiązania, w związku z czym nie będzie mógł realizować tego zakresu robót, gdyż nie będzie mógł być zgłoszony jako podwykonawca. W związku z powyższym oświadczył, iż wycofuje swoje zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia z dnia 25 lipca 2012 r. i 17 sierpnia 2012 r. złożone w niniejszym przetargu.

Pismem z 21 września 2012 r. Budomex odwołał pismo z dnia 20 września 2012 r. dotyczące użyczenia referencji oraz zobowiązania w zakresie wiedzy i doświadczenia dla Polcourt z 25 lipca i 17 sierpnia 2012 r. do przedmiotowego przetargu.

Pismem z 2 października 2012 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Polcourt jako najkorzystniejszej.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji (jedyne kryterium – cena). Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu zatem możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Polcourt z uwagi na spełnienie przez niego przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę Polcourt. wezwanie do uzupełnienia z dnia 12 września 2012 r., uzupełnienie Polcourt z dnia 14 września 2012 r., odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie uwzględniającą zarzuty odwołania w całości z 19 września 2012 r., wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, sprzeciw Polcourt wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania z 22 października 2012 r., pismo Budomex z 19 października 2012 r. dotyczące zobowiązania do udostępnienia zasobów i składanych przez ten podmiot oświadczeń, w tym z 20 i 21 września 2012 r.

Izba pominęła natomiast przedłożone przez Polcourt dokumenty potwierdzające wiedzę i doświadczenie Polcourt w zakresie sieci zewnętrznych, uznając, iż postępowanie odwoławcze przed Izba nie stanowi właściwego trybu uzupełniania dokumentów przetargowych. Jak wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty, do których odnosi się ten przepis, składane są Zamawiającemu na jego wezwanie, który następnie, dokonując ich oceny, podejmuje stosowne decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba nie jest uprawniona, aby zastępować Zamawiającego w tej kwestii.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdził się bowiem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 12 ppkt 2 lit. d) Części III SIWZ.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż przedłożone na skutek wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez Budomex z 17 sierpnia 2012 r. nie stanowi należytego, wymaganego SIWZ dowodu na dysponowanie wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Słusznie zauważał Odwołujący, że w SIWZ dokonano uszczegółowienia wymagań w sytuacji skorzystania przez oferenta z zasobów podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przewidzianej art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający nie tylko sporządził wzór "oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zasobów" jako załącznik do SIWZ, ale w ramach regulacji SIWZ oraz przygotowanego wzoru postawił dodatkowe wymogi dotyczące dysponowania cudzą wiedzą i doświadczeniem. Jak było to wskazane powyżej w pkt 14 części III SIWZ ppkt 2) przewidziano: "W sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (np. doświadczenie), które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu - konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. W tym przypadku w zobowiązaniu, o którym mowa w pkt 14 (wzór którego stanowi załącznik do siwz) należy określić czego zobowiązanie dotyczy, a także winno ono wskazywać: zakres zobowiązania, sposób, w jaki będzie wykonane a także na jakich zasadach będzie polegało uczestnictwo innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. W przypadku posługiwania się potencjałem innego podmiotu dla wykazania doświadczenia wykonawcy forma współpracy pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem winna uwzględniać specyfikę tych prac".

Podobna regulacja zawarta została także w załączniku nr 2 do SIWZ ("W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu i które nie mogą być udostępnione bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (np. doświadczenie) - taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. W przypadku udostępnienia doświadczenia lub wiedzy forma współpracy winna uwzględniać specyfikę prac które będą przedmiotem współpracy"). Zamawiający dookreślił zatem wymagane przez siebie zasady dowodzenia, że wykonawca dysponować będzie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, gdy przedmiotem udostępnienia jest wiedza i doświadczenie. Zamawiający uznał i wyraził to jednoznacznie w SIWZ, że zasoby te są nierozzerwalnie związane z podmiotem je udostępniającym i jako takie nie mogą stanowić przedmiotu samodzielnego obrotu, co skutkuje koniecznością zaangażowania podmiotu udostępniającego w wykonanie zamówienia, a przedkładane

zobowiązanie do udostępnienia powinno zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Dodatkowo forma tego zaangażowania (współpracy, uczestnictwa) musi uwzględniać specyfikę prac będących przedmiotem współpracy.

Tym samym w przypadku skorzystania z udostępnionych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia zobowiązanie winno określać, zgodnie z podanym wzorem, zakres zobowiązania do udostępnienia, sposób jego wykonania oraz zasad uczestnictwa innego podmiotu w wykonaniu zamówienia (forma nawiązanej współpracy), przy czym powyższa treść zobowiązania winna dla skuteczności wykazania dysponowania udostępnionym doświadczeniem być adekwatna do specyfiki prac stanowiących przedmiot współpracy. Nie wystarczyło zatem wypełnienie zobowiązania jakąkolwiek treścią formalnie zgodną z wymogami Zamawiającego, lecz treść zobowiązania, w tym forma zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia musiała uwzględniać specyfikę prac objętych współpracą, a zarazem stanowiących udostępniany zasób.

W ocenie Izby Zamawiający w SIWZ nałożył zatem obowiązek uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia oraz nakazał w treści zobowiązania jednoznacznie podać ustalone zasady współpracy. Przedmiotem oceny Zamawiającego winien zatem stać się sposób, w jaki wykonawca w przedstawionym zobowiązaniu odniósł się do wymagań dowodowych Zamawiającego oraz adekwatność zaproponowanej formy zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia z uwagi na specyfikę prac będących przedmiotem współpracy.

Zdaniem Izby wykonawca Polcourt, przedstawiając uzupełnione zobowiązanie z 17 sierpnia 2012 r., wymaganiom dowodowym Zamawiającego nie sprostął. Jasne było bowiem oczekiwanie Zamawiającego, aby zawarty w treści zobowiązania sposób i zasady udostępnienia dawały Zamawiającemu jednoznaczny i czytelny dowód na realną i adekwatną do przedmiotu zamówienia możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.

Słusznie zauważał Odwołujący, iż wykonawca Polcourt w pkt 3 zobowiązania, w którym należało dookreślić zasady uczestnictwa innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia (formę w jakiej zostanie nawiązana współpraca), ograniczył się do sformułowania "umowa", bez podania jakichkolwiek bliższych danych odnośnie jej typu, przedmiotu, zakresu. Równocześnie w pkt 2 jako sposób realizacji udostępnienia podano jedynie "wyznaczenie doświadczonych osób sprawujących nadzór nad budową pod względem merytorycznym i dodatkowo wspomagająca prace Kierownika Robót" bez jakiegokolwiek bliższego określenia, w jaki sposób zaproponowana formuła będzie

faktycznie realizowana. Należy zgodzić się z Odwołującym, iż podany sposób udostępnienia bliższy jest udostępnieniu osób, a nie przekazaniu wiedzy i doświadczenia, które są cechami immanentnie związanymi z przedsiębiorstwem jako pewną całością organizacyjną. Wykonawca Polcourt nie podał żadnych informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na ocenę, na ile wykonawca będzie miał możliwość faktycznego skorzystania z udostępnionego doświadczenia. Nie wykazał zwłaszcza, jak proponowany sposób udostępnienia wpisuje się w formułę procesu inwestycyjnego i uwzględnia "specyfikę prac, które będą przedmiotem współpracy".

Izba zauważa, że Zamawiający, choć nie posłużył się literalnie pojęciem podwykonawstwa czy udziałem w realizacji części zamówienia, to poprzez wymóg uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia de facto narzucił oferentom konieczność zagwarantowania faktycznego zaangażowania i udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. Uwzględniając specyfikę robót budowlanych zaangażowanie to przyjmuje zwykle formę wykonywania części przedmiotu zamówienia jako podwykonawca. W przypadku wykorzystania innej formy udostępnienia wykonawca winien jednoznacznie udowodnić, że zapewnia mu ona realną możliwość skorzystania z udostępnionego doświadczenia oraz stanowi o faktycznym uczestnictwie podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. Zdaniem Izby, uwzględniając powyższy wymóg Zamawiającego wynikający z SIWZ, udowodnienie faktycznego uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia w inny sposób niż podwykonawstwo jest znacząco utrudnione, o ile nie niemożliwe. Z pewnością natomiast takiego dowodu nie zawiera treść oświadczenia Budomex z 17 sierpnia 2012 r., zbyt ogólnikowa i lakoniczna, aby uznać je za potwierdzające wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci realnego transferu wiedzy i doświadczenia pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby. Powyższe uzasadnia zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Polcourt z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż zarzut dodatkowo uzasadniający, iż Polcourt nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. brak przekazania dokumentów określonych w Części IV pkt 15.4 lit a) - f) SIWZ w odniesieniu do podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie - Budomex w stanie faktycznym niniejszej sprawy w istocie ma charakter drugorzędny i uboczny. Obowiązek przedłożenia dokumentów stwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego stanowi konsekwencję

przyjętego sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę zarówno specyfikę przedmiotu zamówienia (roboty budowlane), jak i regulację SIWZ, dla skutecznego i przekonującego wykazania dysponowania udostępnioną wiedzą i doświadczeniem niezbędne jest faktyczne zaangażowanie podmiotu trzeciego w wykonywanie przedmiotu zamówienia. Wykonawcę obciążał zatem obowiązek złożenia dokumentów wymienionych w cz. IV pkt 15.4 „a” - „f” SIWZ, iż w stosunku do podmiotu trzeciego nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający winien jednoznacznie do realizacji tego obowiązku wezwać. Powyższe nie ma jednak żadnego wpływu na wynik postępowania, jako że jak ustalono powyżej wykonawca Polcourt podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na wadliwe wykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia.

Izba nie podziela stanowiska Polcourt jakoby jego wykluczenie było co najmniej przedwczesne, gdyż Zamawiającego obciąża obowiązek wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca Polcourt podnosił, że wezwanie z dnia 12 września 2012 r. odnosiło się wyłącznie do zobowiązania do udostępnienia zasobów, a nie kwestii niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe zdaniem wykonawcy Polcourt skutkuje utrzymaniem obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba nie zgadza się z argumentacją Polcourt. Wykonawca Polcourt do oferty załączył zobowiązanie z 25 lipca 2012 r. niezgodne z wymaganiami SIWZ i niezawierające informacji wyraźnie i jednoznacznie określonych jej treścią. Wezwanie z 12 września 2012 r. precyzyjnie podawało zakres oczekiwanego przez Zamawiającego uzupełnienia w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, przywołując odpowiednie postanowienia SIWZ. Należy zatem uznać, że Zamawiający wezwał przystępującego Polcourt do uzupełnienia dowodu udostępnienia przez podmiot trzeci swojego zasobu (wiedzy i doświadczenia), gdy z treści oferty wynikało, że będzie on korzystał z zasobu podmiotu trzeciego.

Konsekwencją zaprezentowanego stanowiska jest przyjęcie, że - respektując akceptowaną jednolicie w orzecznictwie, a wywodzoną z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasadę jednokrotnego wzywania wykonawcy przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia danego dokumentu w danym (określonym) zakresie – ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne. Stąd Izba nakazała wykluczenie Polcourt z postępowania, gdyż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowania określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (wiedza i doświadczenie), którego opis sposobu oceny sformułował

Zamawiający w przywoływanych postanowieniach SIWZ. Zważywszy powyższe Izba stwierdza uchybienie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazującego wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on – na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działanie należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie jest także uprawniony do ponownego wezwania Polcourt do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż odnosiłoby się ono do tego samego zakresu, do którego był już wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podziela natomiast stanowiska Odwołującego co do oceny skutków oświadczenia Budomex z 20 września 2012 r. jako oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu w trybie art. 88 § 1 kodeksu cywilnego. Powyższe twierdzenie ma charakter wyłącznie spekulatywny, stanowi domniemanie Odwołującego, gdyż treść oświadczenia Budomex nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie co do zamiaru wywołania takiego skutku prawnego przez składającego oświadczenie. Literalna jego treść wskazuje raczej na próbę cofnięcia złożonych uprzednio oświadczeń woli o udostępnieniu zasobów (z 25 lipca i 17 sierpnia 2012 r.), co w świetle regulacji art. 61 § 1 kodeksu cywilnego należy uznać za nieskuteczne. Cofnięcie oświadczenia woli może odnieść skutek, gdy dotrze do adresata wraz z oświadczeniem lub wcześniej. Ponadto wątpliwym pozostaje prawna doniosłość przedmiotowego oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczeń Budomex z 25 lipca i 17 sierpnia 2012 r. jako złożonych pod wpływem błędu. Zgodnie z art. 84 kodeksu cywilnego prawnie relewantny jest jedynie błąd spełniający łącznie następujące warunki:

- 1) błąd dotyczy treści czynności prawnej;
- 2) błąd jest istotny, tzn. uzasadnia przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści;
- 3) jeżeli oświadczenie woli było złożone innej osobie, a czynność nie należy do kategorii nieodpłatnych, osoba ta musi błąd wywołać, chociażby bez swojej winy, albo wiedzieć o błędzie, albo mieć możliwość zauważenia błędu z łatwością.

Dla rozpatrywanej sytuacji zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie, czy błąd udzielającego zobowiązania do udostępnienia zasobów dotyczy treści tej czynności prawnej. Błąd co do okoliczności leżących poza tą treścią, zwłaszcza wyłącznie pobudek, sfery motywacyjnej złożonego oświadczenia woli jest prawnie irrelevantny. "Przeprowadzenie ostrej granicy między błędem co do treści czynności prawnej a błędem co do pobudki jest niemożliwe, gdyż granice obu błędów zacierają się i w wielu sytuacjach występują w mniejszym lub większym stopniu oba te elementy. Gdyby jednak motywacja włączona została do treści czynności prawnej, błąd w pobudce urasta do błędu istotnego co do treści czynności prawnej" (tak SN w uchwale z dnia 31 sierpnia 1989 r., III PZP 37/89). Biorąc pod uwagę powyższe wobec niemożności znalezienia dostatecznie ścisłego kryterium ogólnego w analizie badanego problemu należy sięgnąć do kazuistyki i oceniać dany przypadek odrębnie.

W ocenie Izby okoliczność wynikająca z oświadczenia Budomex z 20 września 2012 r. co do ustaleń odnośnie udzielenia zobowiązania do udostępnienia zasobów z uwagi na uzgodnione zlecenie robót sanitarnych przez Polcourt temu podmiotowi, odnosi się wyłącznie do motywacji spółki Budomex, okoliczności, których nie można kwalifikować ani jako treści czynności prawnej ani jako pozostających w tak ścisłym związku z daną czynnością, że stają się jej częścią. Zdaniem Izby stanowią one jedynie wyraz decyzji gospodarczych, świadcząc o biznesowej motywacji udostępnienia zasobów. Samo ewentualne niedochowanie takich porozumień nie powinno być oceniane w kategoriach prawnie doniosłego błędu pozwalającego na zastosowanie art. 84 i 88 kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej podstępu jako umożliwiającego uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli zgodnie z art. 86 kodeksu cywilnego czy pozorności oświadczenia woli o udostępnieniu (art. 83 kodeksu cywilnego) Izba podkreśla, że Odwołujący nie przeprowadził dowodu zaistnienia takich okoliczności.

Podstęp to świadome wprowadzenie w błąd lub umocnienie błędnego przekonania lub przemilczenie pewnych informacji, jeśli istniał obowiązek ich udzielenia. Można powołać się na ten błąd nawet wtedy, gdy nie był istotny i gdy nie dotyczył treści czynności prawnej, jednak należy wykazać związek między podstępem a złożeniem oświadczenia woli określonej treści. Odwołujący nie wykazał, aby stan faktyczny niniejszej sprawy wyczerpywał dyspozycję tego przepisu, a oświadczenie z 20 września 2012 r. było wyrazem uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego na skutek podstępu.

Odwołujący nie wykazał także, by oświadczenia Budomexu składane były dla pozorów, bez zagwarantowania realnego udostępnienia zasobu. Wykonawca Polcourt mógł bowiem

odmiennie interpretować zakres ciążącego na nim obowiązku wykazania dysponowania zasobem udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego jakoby istniał samoistny obowiązek przedkładania dokumentu potwierdzającego zasady reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby (tu odpis KRS Budomex), niezależny od faktu udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu części zamówienia, a brak takiego dokumentu skutkuje uznaniem niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na wstępie należy zauważyć, iż zarzut w tym zakresie nie został podniesiony w odwołaniu, co w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp uniemożliwia jego rozpoznanie przez Izbę. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nie podziela opinii prezentowanej przez Odwołującego. Przepis art. 26 ust 2b ustawy Pzp należy interpretować ściśle, a zatem należy przyjąć, że gdyby dokumenty potwierdzające zasady reprezentacji były wymagane na mocy tego przepisu, to niewątpliwie zostałyby w tym przepisie wskazane. Wszelkie wątpliwości co do prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego w złożonym przez wykonawcę zobowiązaniu tego podmiotu do udostępnienia zasobów lub też w jakimkolwiek innym dokumencie złożonym przez wykonawcę na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust 2b podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (np. wyrok z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11 i KIO 452/11, wyrok KIO z dnia 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1530/11). Ponadto z daleko idącej ostrożności nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż tego rodzaju dokument może być żądany przez Zamawiającego na gruncie chociażby art. 25 ust 1 ustawy Pzp, to wymaganie takie powinno być wyraźnie sprecyzowane przez Zamawiającego na etapie publikacji ogłoszenia oraz SIWZ. W wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku (sygn. akt KIO 2307/10) Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, iż "oświadczenie o udostępnieniu zasobów składane jest przez podmiot trzeci wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, a nie Zamawiającemu. Skoro Zamawiający nie żądał dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji podmiotu trzeciego, stwierdzenia takiego może i powinien dokonać wyłącznie wykonawca, któremu oświadczenie takie zostało złożone. Jakkolwiek brak możliwości weryfikacji prawidłowości zaciągnięcia zobowiązania przez podmiot trzeci w sposób oczywisty rodzi ryzyko dla Zamawiającego, Zamawiający po otwarciu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może wymagać złożenia dokumentów nie wymienionych w ogłoszeniu". W niniejszej sprawie Zamawiający nie żądał odpisu z KRS dla potwierdzenia zasad reprezentacji. Dokument ten był wymagany w związku z wykazaniem braku podstaw do wykluczenia w sytuacji, o której mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Brak jest zatem podstaw dla przyjęcia, iż na wykonawcę w

każdej sytuacji nałożony jest obowiązek przedłożenia odpisu z KRS (lub innego) potwierdzającego uprawnienie do reprezentacji podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Ogłoszenie o zamówieniu ani SIWZ nie zawierały takiego wymagania. Ponadto Odwołujący nie kwestionował umocowania osoby podpisującej oświadczenia w imieniu Budomex.

Izba uznaje, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. że informacje przedstawiane przez Polcourt w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności co do sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez Budomex, stanowią nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, iż dla uznania przedmiotowego zarzutu za zasadny niezbędne jest wykazanie, że informacje podane w ofercie Polcourt w zakresie udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia są nieprawdziwe, tj. obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym.

Odwołujący ogranicza się natomiast do zasygnalizowania potencjalnych nieprawidłowości oferty Polcourt z uwagi na treść oświadczenia Budomex z 20 września 2012 r., w którym podmiot ten wskazywał na porozumienie co do podwykonawstwa w zakresie robót sanitarnych jako warunku udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz wycofanie udostępnienia przez Budomex w związku z brakiem powierzenia w ofercie Polcourt powyższego zakresu robót podwykonawcy. Odwołujący nie przeprowadza dowodu, że istotnie informacje odnośnie udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia przez Budomex stanowią informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co skutkowałoby koniecznością wykluczenia Polcourt z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Okoliczności te muszą być stwierdzone w sposób niewątpliwy, czego Odwołujący ani w odwołaniu ani na rozprawie nie dowiódł. Istotnie można przyznać rację Odwołującemu, iż w świetle oświadczeń Budomex z 20 i 21 września 2012 r. Zamawiający winien kwestię zasad udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia wyjaśnić z wykonawcą Polcourt, czego zaniechał. Jednak zarówno oświadczenie Budomex z 21 września 2012 r., jak i oświadczenie z 19 października 2012 r. potwierdzające udostępnienie zasobów w sposób zgodny z treścią oświadczenia o udostępnieniu z 25 lipca i 17 sierpnia 2012 r. nie pozwala na jednoznaczny wniosek, iż przedłożone oświadczenia były nieprawdziwe. Budomex nie kwestionował bowiem faktu udostępnienia, lecz odwoływał się do dodatkowych ustaleń z wykonawcą Polcourt dotyczących udostępnienia. Powyższe uzasadnia wątpliwości co do prawidłowości i skuteczności samego udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia z uwagi na jego potencjalną warunkowość, co jest niedopuszczalne w świetle

art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jednak nie potwierdza równocześnie zaistnienia przesłanki złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odnosi się bowiem nie tyle do okoliczności stwierdzonych w samym zobowiązaniu do udostępnienia, co towarzyszących udostępnieniu. Odwołujący sam przyznał w treści odwołania, iż porozumienia dotyczące udostępnienia zasobów przewidujące udział podmiotu udostępniającego jako podwykonawcy realizującego część zamówienia są praktyką obecną na rynku.

W ocenie Izby nie potwierdził zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polcourt, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. W treści odwołania brak jest uzasadnienia dla tego zarzutu, co uzasadnia pozostawienie go bez rozpoznania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Ponadto nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby przedmiotowa niezgodność wiązała się z brakiem wskazania w ofercie Polcourt podwykonawstwa w zakresie robót sanitarnych, co stanowiło warunek udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez spółkę Budomex, której zgodnie z ustaleniami pomiędzy Polcourt a Budomex powyższe roboty miały zostać powierzone do wykonania. Odwołujący argumentował, iż oświadczenia Budomex wpływają na treść oferty Polcourt, a zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna. Stwierdzić należy, iż Polcourt nie dokonywał żadnej zmiany treści swojej oferty po upływie terminu do jej złożenia, a oświadczenia podmiotu trzeciego pozostają bez wpływu na zakres podwykonawstwa wynikający z oferty Polcourt. Dodatkowo prawidłowość zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz wykazanie dysponowania zasobem zgodnie z zasadami wynikającymi z SIWZ podlega zdaniem Izby ocenie z punktu widzenia wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba uznaje, iż nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż w razie zaistnienia przesłanek do wykluczenia z postępowania skutek uznania oferty za odrzuconą następuje automatycznie z mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Nie zachodzi zatem obowiązek dokonania przez Zamawiającego odrębnej czynności odrzucenia oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu, gdy się zważy, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą ex lege (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Ponadto Izba wskazuje, iż stanowisko, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a przetarg nieograniczony (w takim trybie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie) takim nie jest, potwierdza również orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11) oraz doktryna ("Zastosowanie przesłanki wymienionej w art. 89 ust. 1 pkt 5 powinno być rozpatrywane w związku z art. 24 ust. 4, zgodnie z którym ofertę wykonawcy

wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Mimo podobieństwa przepisy te odnoszą się jednak do innych sytuacji. Norma z art. 24 ust. 4 dotyczy w szczególności ofert, które zostały złożone przez wykonawców w postępowaniach jednoetapowych (przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki), którzy składając ofertę, nie mieli wiedzy, że zostaną wykluczeni z postępowania. Przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 5 odnosi się również do ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali we wcześniejszej części postępowania poinformowani o wykluczeniu (np. na podstawie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a mimo to złożyli oferty. Ponadto odrzuceniu ulegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Norma ta w pewnym sensie pokrywa się z obowiązkiem odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych, gdyż ci nie są zapraszani do składania ofert. Dotyczy to jednak również wykonawców, którzy w trybach udzielania zamówień „ze składaniem ofert na zaproszenie” złożyli oferty, mimo że zaproszenie w ogóle nie było do nich kierowane. Sytuacja taka w najbardziej przejrzystej postaci może mieć miejsce np. w trybie zapytania o cenę, ale również np. w negocjacjach bez ogłoszenia”. (W. Dzierżanowski Lex Komentarz do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Tym samym właściwą i wystarczającą podstawą prawną w sytuacji wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nieuprawnione zaniechanie wykluczenia Polcourt z postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej złożonej przez niego oferty, narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z zasadami ustalonymi w SIWZ.

Odwolujący nie wskazał natomiast, na czym polega zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiającemu należałoby raczej przypisać wadliwą ocenę uzupełnionego przez Polcourt zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Budomex. Wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było uzasadnione, gdyż procedura ta ma charakter obligatoryjny, a przedłożone wraz z ofertą zobowiązanie z 25 lipca 2012 r. nie było zgodne ze wzorem ustalonym przez załącznik nr 2 do SIWZ i nie zawierało wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ informacji.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 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), w tym zasądzono równowartość kwoty wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości 3600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....