

Sygn. akt: KIO 2355 /15

WYROK
z dnia 10 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Alcobendas, Hiszpania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach,

przy udziale WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Alcobendas, Hiszpania i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Alcobendas, Hiszpania, tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania oraz dostosowaniem do aktualnych przepisów p.poz Budynku Głównego w Zabrze - Rokitnica ul. Jordana 19, dla potrzeb Wydziału Lekarskiego z Oddziałem Lekarsko-Dentystycznym w Zabrzu”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2015/S 124-226565 z dnia 1 lipca 2015 r.

W dniu 21 października 2015 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 30 października 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Alcobendas, Hiszpania, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie względem:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WODPOL S.A. z siedzibą w Żywcu, dalej „Wodpol”, pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a tym samym - dokonanie wyboru oferty nastąpiło z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
2. zaniechanie wykluczenia Wodpol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w części VI ust. 1 pkt 2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, z uwagi na wady przedstawionej w ofercie referencji oraz zobowiązań pisemnych podmiotów

udostępniających potencjał niespełniających wymogów § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia oraz wymogów z części VII ust. 1 pkt 2 i ust. 7 pkt. 1 SIWZ, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie,

ewentualnie, w przypadku nieuznania zarzutu w tym zakresie:

zaniechanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie wykazanego potencjału wiedzy i doświadczenia, ze szczególnym uwzględnieniem dołączonych do Wykazu robót dowodów oraz zobowiązań pisemnych.

3. zaniechanie wykluczenia Wodpol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w części VI ust. 1 pkt 2) lit. d SIWZ oraz w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w odniesieniu do wykazanej w poz. 2 Wykazu inwestycji poprzez niespełnienie wymogu w zakresie instalacji branży wentylacyjno - klimatyzacyjnej, z zastrzeżeniem uprzedniego ewentualnego wezwania tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lub podjęcia przez Zamawiającego innych działań wyjaśniających mających na celu bezsporne potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty Wodpol,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert w postępowaniu, w tym:
 - a. nakazanie wykluczenia Wodpol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy doświadczenia, mimo ewidentnych wad dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie zamówienia oraz przedstawionych pisemnych zobowiązań podmiotów udostępniających potencjał, bez możliwości zastosowania trybu art. 26 ust. 3 ustawy

ewentualnie - w przypadku uznania możliwości dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp:

nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o ile nie potwierdzą się zarzuty w zakresie podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do poz. 2 Wykazu robót;

- b. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wodpol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w części VI ust. 1 pkt 2) lit. d SIWZ oraz podaniem nieprawdziwych informacji w odniesieniu do wykazanej w poz. 2 Wykazu inwestycji poprzez niespełnienie wymogu w zakresie instalacji branży wentylacyjno - klimatyzacyjnej, z zastrzeżeniem nakazania uprzedniego, ewentualnego wezwania tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lub podjęcia przez Zamawiającego innych działań wyjaśniających mających na celu bezsporne potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ w tym zakresie.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z opisem sposobu dokonania oceny warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w części VI ust. 1 pkt 2) SIWZ, wykonawca zobowiązany był wykazać, że:

„(...) Wykaz będzie zawierał należycie wykonane 2 zamówienia na roboty budowlane, przy czym każde z tych zamówień ma spełniać poniższe wymagania:

- a) wartość zrealizowanego zamówienia - minimum 15.000.000,00 zł brutto;
- b) zakres prac obejmował przebudowę lub rozbudowę lub nadbudowę czynnego obiektu;
- c) obiekt był zaliczony do kategorii IX lub XI obiektów budowlanych wskazanych w załączniku do ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. 2013r. poz. 1409),
- d) musi obejmować branże: konstrukcyjno - budowlaną, elektryczną (w tym niskoprądową), sanitarną, wentylacyjno-klimatyzacyjną.

Ponadto, jedna ze wskazanych w Wykazie robót budowlanych musi dotyczyć wykonania robót elewacyjnych obiektu znajdującego się pod ochroną konserwatora zabytków. ”

W złożonej ofercie Wodpol, w pierwotnym Wykazie robót, zostały wykazane dwa zamówienia, tj. w pozycji nr 1 wykazano roboty budowlane wykonane na rzecz Centrum Leczenia Oparzeń w Siemianowicach Śląskich, a w pozycji nr 2 - roboty budowlane na rzecz Urzędu Miejskiego w Żywcu. W odniesieniu do zamówienia z pozycji nr 2 Wykazu Wodpol przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Mostmarpal Sp. z o.o., która była wykonawcą tego zamówienia i która udostępniła swoją wiedzę i doświadczenie. W wyniku dokonanego przez wykonawcę uzupełnienia Wykazu robót ujęto w nim w poz. 3 dodatkową inwestycję, której wykonawcą był Ids-Bud S.A., udostępniający wiedzę i doświadczenie w oparciu o art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

I.

Odwołujący po dokonaniu analizy informacji wynikających z Wykazu oraz dołączonych doń oświadczeń i dokumentów podnosi, że zamówienie wykazane w pozycji nr 2 Wykazu nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w „Warunkach udziału w postępowaniu i opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków” (część VI ust. 1 pkt 2 SIWZ).

Po pierwsze wskazać należy, że robota wykazana w poz. 2 Wykazu, dotycząca inwestycji pn. „Rozbudowa i remont sceny głównej, widowni wraz z zapleczem socjalno-technicznym amfiteatru pod Grójcem - etap II” nie spełnia wymogu określonego w części VI ust. 1 pkt 2 lit. d SIWZ, zgodnie z którym każde z wykazanych zamówień „ (...) d) musi obejmować branże: konstrukcyjno - budowlaną, elektryczną (w tym niskoprądową), sanitarną, wentylacyjno-klimatyzacyjną”. Odwołujący wskazuje, że prace prowadzone na wskazanej inwestycji obejmowały branżę wentylacyjną, a dokładnie - wentylację grawitacyjną i mechaniczną, nie obejmowały one jednak instalacji klimatyzacji.

Powyższe jednoznacznie potwierdza Program Funkcjonalno - Użytkowy z przedmiotowej inwestycji, realizowanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie na stronie 20 powołanego dokumentu określono jednoznacznie zakres wymagań dotyczących instalacji w zakresie instalacji grawitacyjnej i mechanicznej:

„3.5. Wymagania dotyczące instalacji.

WENTYLACJA GRAWITACYJNA I MECHANICZNA.

Pomieszczenia pawilonu biurowo-socjalnego przy scenie wentylowane grawitacyjnie ze wspomaganie mechanicznym w pomieszczeniach toalet i szatni. Wentylacja pomieszczeń części sanitarnej w przyziemiu pod trybunami, mieszcząca toalety ogólnodostępne i

pomieszczenia towarzyszące, realizowana będzie przez system central nawiewno-wywiewnych. (...)

INSTALACJE SANITARNE.

W projektowanych obiektach przewidziano instalacje wewnętrzne:

- instalacje wody zimnej z istniejącego wodociągu
- instalacje ciepłej wody użytkowej poprzez instalacje poprowadzona z pomp ciepła
- instalacje kanalizacji sanitarnej do istniejącego kolektora kanalizacji sanitarnej
- odwodnienie dachu pawilonu za pomocą podciśnieniowego systemu odwodnienia, odwodnienie placów oraz zrzut wody z dachu membranowego przejmowany będzie przez wpusty kanalizacyjne i odprowadzany do kanalizacji deszczowej.”

Tym samym, bezsporne jest, że wykazane zadanie nie obejmowało branży wentylacyjno - klimatyzacyjnej w rozumieniu postawionego przez Zamawiającego wymogu.

W załączeniu przedstawiamy kopię wyciągu (str. 1 i 20) wyżej przytoczonego „Programu Funkcjonalno - Użytkowego” z lutego 2011 r., sporządzonego przez mgr inż. arch. M. W. na rzecz inwestora (Gmina Żywiec).

Mając powyższe na uwadze, nie powinno ulegać wątpliwości, że informacje zawarte w Wykazie w powyższym zakresie nie są zgodne z prawdą i winny determinować wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z niepotwierdzeniem przezeń spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz podaniem nieprawdziwych informacji, bez możliwości wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zwracamy przy tym uwagę, że powyższe informacje podane zostały świadomie i niezaprzeczalnie miały wpływ na wynik postępowania, doprowadzając do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Mając jednak na uwadze charakter zarzutu wskazujemy, iż Zamawiający winien w ramach powtórnego badania i oceny ofert tę kwestię bezspornie wyjaśnić, stosując w tym zakresie w szczególności tryb art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co nie zmienia faktu, że wykonawca ten winien zostać z postępowania wykluczony za niespełnienie warunku na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Po drugie, Zamawiający wymagał, aby dla wykazywanych zamówień były załączone dowody mające potwierdzać należyte wykonanie ujętych w Wykazie robót zamówień. Przedstawiona referencja wystawiona przez Urząd Miejski w Żywcu nie potwierdza w swojej treści, aby zamówienie wykonane przez Mostmarpal Sp. z o.o. zostało wykonane w sposób należyty, jak też nie wskazuje czy roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dołączony do Wykazu dokument referencyjny potwierdza jedynie fakt wykonania przez Mostmarpal Sp. z o.o. tego zamówienia, ze wskazaniem zakresu i

wartości wykonanych robót. Brak tu jest jednak jakichkolwiek elementów' oceny wykonanego obiektu czy satysfakcji wystawcy referencji w odniesieniu do zdolności wykonawczych wykonawcy, a to w świetle obowiązujących przepisów dla potwierdzenia należytego wykonania zamówienia nie może być uznane za wystarczające. Należy tutaj wskazać, że ugruntowana w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) potwierdza, że dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, aby mogły zostać uznane za właściwe, muszą w swojej treści zawierać sformułowania czy też zwroty, które pozwalałyby na stwierdzenie ich należytego wykonania. Nie ulega wątpliwości, że potwierdzenie wykonania zamówienia w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz jego prawidłowe ukończenie może być wyrażone za pomocą wielu synonimicznych określeń, bez konieczności stosowania nomenklatury ustawowej. W treści omawianej referencji jednak takich zwrotów czy sformułowań nie ma, co odbiera jej walor dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie zamówienia z pozycji nr 2 Wykazu.

Po drugie, Zamawiający wymagał, aby w sytuacji gdy wykonawca będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich celem wykazania się spełnieniem postawionych warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany był: „udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, przedstawiając w tym celu Zamawiającemu dokumenty dotyczące w szczególności:

- a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem;
- d) czasowego udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. ”

Jak wspomniano wyżej, Wodpol załączył pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Mostmarpal sp. z o.o., w którym podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podnosi, jednak, że przedstawione zobowiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w części VII ust. 7 SIWZ oraz wymagań §1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia. Jak wynika bowiem z treści tego zobowiązania, intencją udostępniającego jest oddanie do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, które odpowiada swym zakresem warunkowi z części VI ust. 1 pkt 2 SIWZ. Wskazany tu charakter stosunku łączącego Wykonawcę z podmiotem udostępniającym - to podwykonawstwo. Należy tu jednak wskazać, że niezależnie od faktu określenia charakteru stosunku łączącego ów podmiot z wykonawcą jako stosunek podwykonawstwa, treść zobowiązania jest dość enigmatyczna i wadliwa w świetle wyżej

przywołanych wymogów Zamawiającego jak i Rozporządzenia. Oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa bowiem, jaki jest faktyczny, konkretny zakres udostępnianych Wodpol zasobów innego podmiotu oraz jaki będzie sposób ich wykorzystania przez Wodpol w zakresie wiedzy i doświadczenia tego podmiotu. W świetle tak sformułowanego brzmienia zobowiązania pisemnego Zamawiający nie mógł przyjąć, że oświadczenie to w wystarczającym stopniu gwarantuje Wodpol rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów. Nie można bowiem jednoznacznie i obiektywnie stwierdzić, do jakiego zakresu robót przy wykonywaniu zamówienia zobowiązał się podmiot trzeci oraz przy jakich robotach i działaniach podmiot ten będzie uczestniczył przy realizacji zamówienia. Kwestii tych nie można pozostawiać domysłom Zamawiającego. Brak tych informacji powoduje, że Zamawiający nie może przyjąć realności udostępnienia zasobów tego podmiotu, a tym samym - że Wodpol będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że Zamawiający jasno wskazał w postanowieniach SIWZ, iż podmiot, który zobowiąże się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (nota bene w zobowiązaniu brak jest odniesienia do tej podstawy prawnej), odpowiada solidarnie z Wykonawcą za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za niedostępnie nie ponosi winy. Należy zatem postawić sobie pytanie, jak Zamawiający będzie mógł skutecznie dochodzić swoich praw w ewentualnym egzekwowaniu solidarnej odpowiedzialności od podmiotu trzeciego, skoro Zamawiający nie zna faktycznego zakresu udziału i rodzaju robót, do jakich wykonania w ramach podwykonawstwa podmiot trzeci się zobowiązał. Ta niewiedza skutkuje tym, że udostępnienie zasobu w świetle wymagań Zamawiającego jest de facto iluzoryczne i niemożliwe do jego skutecznego zastosowania w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazuje więc, że Wodpol wykazując zamówienie z pozycji nr 2 Wykazu nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien być wykluczony z postępowania.

II.

Odwołujący podnosi również, że Zamawiający nie może już zastosować wobec Wodpol procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, celem prawidłowego wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu (niezależnie od postawionego zarzutu w zakresie nieprawdziwych informacji). Pragniemy tu bowiem zwrócić uwagę, że Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert pismem z dnia 09.10.2015 r. dokonał wezwania wykonawcy Wodpol do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, na które wykonawca ten w dniu 14.10.2015 r. udzielił odpowiedzi, dokonując uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co wprost potwierdza treść pisma wykonawcy (..Wyjaśnienia treści

dokumentów i uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp”) oraz dołączone doń w uzupełnieniu oświadczenia i dokumenty.

Konsorcjum Mostostal pragnie przy tym zwrócić uwagę, jakie skutki w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej rodzi tzw. „samouzupełnienie dokumentów” przez wykonawcę.

W ocenie KIO „skoro wykonawca po otrzymaniu wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp udzielił wyjaśnień i jednocześnie przedłożył wykaz zawierający nową usługę (oraz wszystkie poprzednio wymienione), brak jest podstaw do przyjęcia, iż zamawiający ponosi odpowiedzialność za działania wykonawcy, który uprzedził działanie zamawiającego i uzupełnił dokumenty poprzez złożenie zaktualizowanego wykazu usług. Nie można uznać, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp.” (vide: KIO 1834/11). KIO sygnalizuje również, że „uzupełnienie dokumentów bez wezwania zamawiającego, obciąża ryzykiem wykonawcę, który nie będzie mógł być ponownie wezwany do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” (KIO 1837/11, KIO 1841/11, KIO 1853/11, KIO 1854/11, KIO 1855/11).

Nie ulega w tej sytuacji wątpliwości, iż sposób udzielonej przez Wodpol odpowiedzi zamyka drogę ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, możliwość zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia wadliwych dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została bowiem w tym zakresie całkowicie wyczerpana. Wykonawca w ramach udzielonej odpowiedzi na wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego odnoszące się do wykazanych zamówień w Wykazie, dokonał uzupełnienia o dodatkowe zamówienie (pozycja nr 3 uzupełnionego Wykazu) mające niejako zastępować (tak wynika z treści złożonej przez Wodpol odpowiedzi) zamówienie z pozycji nr 2 Wykazu. Nowa wykazana inwestycja, podobnie jak miało to miejsce dla zamówienia z pozycji nr 2 Wykazu, udostępniona została Wodpol przez podmiot trzeci, tj. Ids-Bud S.A., które było wykonawcą zamówienia na rzecz Platinum Hospitals S.A.

W odniesieniu do przedstawionego dla uzupełnionego zamówienia zobowiązania podmiotu Ids- Bud, Odwołujący po jego weryfikacji stawia te same zarzuty i podnosi argumentację, jaką przedstawił w odniesieniu do treści zobowiązania podmiotu Mostmarpal sp. z o.o. Uzupełnione zobowiązanie bowiem zawiera sformułowania tożsame z treścią zobowiązania złożonego dla zamówienia z pozycji nr 2 Wykazu, a różni się tylko zmianą nazwy podmiotu udostępniającego zasoby. Jak Odwołujący wspomniał powyżej, Zamawiający nie ma już możliwości dokonania wezwania Wodpol do uzupełnienia przedłożonych w ramach odpowiedzi z 14.10.2015 r. dokumentów. Zaznaczyć należy, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów jest czynnością jednorazową. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, w zakresie procedury uzupełnienia dokumentów, Izba jasno wskazuje, że niezależnie od tego czy do uzupełnienia dokumentów doszło w wyniku wezwania przez

zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też w wyniku wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp albo doszło do uzupełnienia bez żadnego wezwania, w przypadku wadliwego uzupełnienia zamawiający nie ma możliwości ponownego wezwania takiego wykonawcę do poprawienia wadliwych dokumentów w zakresie, w jakim zostały one uzupełnione. W przeciwnym przypadku doszłoby do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez umożliwienie wykonawcom wielokrotnego uzupełniania dokumentów w danym zakresie jak i naruszenia postanowień art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione obchodzenie procedury uzupełniania dokumentów. Pamiętać też należy, że zamawiający zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przy dochowaniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym samym, stosownie do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp udzielenie zamówienia winno nastąpić na rzecz wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy. W przypadku umożliwienia Wodpol dokonania kolejnego uzupełnienia dokumentów Zamawiający w sposób rażąco uchybiłby wskazanym w zdaniu poprzednim zasadom.

Reasumując należy stwierdzić, że Wodpol dokonując uzupełnienia Wykazu o nowe zamówienie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, niezależnie od postawionego w niniejszym odwołaniu zarzutu co do podania nieprawdziwych informacji, pozbawił się jak i Zamawiającego możliwości poprawienia wadliwie złożonych dokumentów w oparciu o tryb art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym, Odwołujący podnosi, że wykazując zamówienie z pozycji nr 3 Wykazu Wodpol nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien być wykluczony z postępowania.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, w przypadku nieuznania zarzutów w zakresie niemożności zastosowania trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz o ile nie potwierdzi się również zarzut podania nieprawdziwych informacji w zakresie inwestycji wykazanej w poz. 2 Wykazu, Odwołujący alternatywnie podnosi, że ewidentne wady oświadczeń podmiotów udostępniających potencjał oraz wyżej opisanego dokumentu referencyjnego w zakresie wiedzy i doświadczenia w kontekście wyżej przytoczonych przepisów ustawy Pzp i Rozporządzenia w sprawie dokumentów bezspornie nie pozwalają na uznanie, że potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nastąpiło zgodnie z wymogiem Zamawiającego i obowiązującymi przepisami. Tym samym, Zamawiający, w przypadku uznania przez Izbę możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

[...]"

Pismem z dnia 5 listopada 2015 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W dniu 9 listopada 2015 r. Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniosła sprzeciw względem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Treść SIWZ oraz zawartość oferty Wodpol przedstawiono zgodnie z rzeczywistością w treści odwołania, która została zreferowana powyżej. Niezbędne uzupełnienia stanu faktycznego w tym zakresie podano niżej, przy omawianiu poszczególnych zarzutów odwołania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Według art. 26 ust. 2b ustawy, podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast według art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.

Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Ujmując rzecz jak najlapidarniej, wskazać można, iż braki w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastrocza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Za pozbawiony podstaw faktycznych, a w konsekwencji za niezasadny, uznano zarzut odwołania dot. podania nieprawdziwych informacji, tudzież niewykazania spełniania

warunków udziału w postępowaniu, oparty na podnoszonej okoliczności braku wykonania instalacji klimatyzacyjnej w ramach inwestycji podanej przez Wodpol w pozycji nr 2 załączonego do oferty wykazu robót (karta 000003 oferty Wodpol).

Wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, roboty budowlane na rzecz Urzędu Miejskiego w Żywcu w pełni odpowiadają wymaganiom Zamawiającego w zakresie klimatyzacji. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego, nie budzi wątpliwości Izby, że w ich ramach wykonano taką instalację, a Wodpol podała prawdziwe informacje w tym zakresie.

Ustalając powyższe Izba uwzględniła i oceniła następujące dowody przedłożone i powołane przez strony:

- wyciąg z Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla inwestycji „Rozbudowa i remont sceny głównej, widowni wraz z zapleczem socjalno-technicznym amfiteatru pod Grojcem – Etap II” prowadzonej przez Gminę Żywiec – przedłożony wraz z odwołaniem przez Odwołującego,
- pismo Miejskiego Centrum Kultury w Żywcu z 03.11.2015 r. do Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu potwierdzające wykonanie wentylacji mechanicznej oraz klimatyzacji w ramach ww. inwestycji, a także zawierające potwierdzenie należytego (zgodnego z zasadami sztuki budowlanej) i terminowego wykonania robót – przedłożone wraz ze sprzeciwem przez Przystępującego,
- pismo Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu z 02.11.2015 r. do Urzędu Miejskiego w Żywcu zawierające prośbę o potwierdzenie, że Mostmarpal Sp. z o.o. realizowała prace polegające na wykonaniu instalacji klimatyzacyjnej w ramach ww. zamówienia – przedłożone wraz ze sprzeciwem przez Przystępującego,
- pismo Urzędu Miejskiego w Żywcu z 06.11.2015 r. do Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu potwierdzające wykonanie wentylacji mechanicznej oraz klimatyzacji w ramach ww. inwestycji, a także zawierające potwierdzenie należytego (zgodnego z zasadami sztuki budowlanej) i terminowego wykonania robót – przedłożone wraz ze sprzeciwem przez Przystępującego,
- pismo W. & G. Architekci s.c. w Żywcu z 04.11.2015 r. do Wodpol Sp. z o.o. potwierdzające, że w budynku pawilonu socjalno-biurowego będącego przedmiotem ww. inwestycji prowadzonej w formule projektuj i wybuduj, wykonano instalację klimatyzacyjną – przedłożone wraz ze sprzeciwem przez Przystępującego,

- pismo W. & G. Architekci s.c. w Żywcu z 10.11.2015 r. do Wodpol Sp. z o.o. wyjaśniające, że w PFU dla ww. inwestycji nie stanowił domkniętej i kompletnej dokumentacji projektowej i w związku z powyższym w celu podniesienia standardu użytkowania obiektu, wykonana została instalacja klimatyzacji pomieszczeń – przedłożone przez Przystępującego na rozprawie.

Ze zgromadzonego materiału dowodowego wprost wynika potwierdzenie wykonania klimatyzacji w ramach referencyjnej inwestycji, a także wiarygodne wyjaśnienie jej braku w programie funkcjonalno-użytkowym.

Reasumując, należało stwierdzić, iż Przystępujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie podał nieprawdziwych informacji, a wykazana robota budowlana odpowiada wymaganiom zamawiającego, co do warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w części VI ust. 1 pkt 2 lit. d SIWZ, tj. obejmowała branżę wentylacyjno-klimatyzacyjną.

Za niezasadny uznano zarzut niewykazania warunków udziału w postępowaniu ze względu na podnoszony w odwołaniu brak wykazania należytego wykonania robót wskazanych w poz. 2 wykazu załączonego do oferty Wodpol.

Załączona do oferty „Referencja” (karta 000005 oferty Wodpol) wystawiona przez Urząd Miasta w Żywcu dla Mostmarpal Sp. z o.o. z siedziba w Zarzeczcu, przez sam tytuł oraz dokładny opis wykonanej inwestycji, pozwala przyjąć, że w ten sposób inwestor potwierdził prawidłowe i terminowe wykonanie zamawianych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Ponadto ww. dowody przedstawione przez Przystępującego usuwają jakiegokolwiek materialne wątpliwości w tym zakresie.

Izba oddaliła również zarzut niewykazania przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z podnoszonym w odwołaniu brakiem udowodnienia Zamawiającemu, że Przystępujący będzie dysponował doświadczeniem wykazywanym w poz. 2 wykazu robót załączonym do oferty Wodpol, a udostępnianym przez Mostmarpal Sp. z o.o. z siedziba w Zarzeczcu

Izba ustaliła, że w treści „Zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji WYKONAWCY niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia” załączonego do oferty Wodpol (karta 000015 oferty), wystawionego przez Mostmarpal, podano, że udostępniany zasób wiedzy i

doświadczenia odpowiada opisanemu w rozdz. VI ust. 1 pkt 2 SIWZ warunkowi udziału w postępowaniu, a doświadczenie podmiotu jest dostępne na czas realizacji zamówienia. Ponadto Mostmarpal zadeklarowała, że będzie brała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Do oferty Wodpol załączono dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Mostmarpal z postępowania (karta 000016 i n. oferty Wodpol).

Ponadto w pkt. 1 ppkt 7) oferty Wodpol (formularza ofertowego) wskazano, że Wykonawca zamierza oddać do podwykonawstwa następujące części przedmiotu zamówienia: instalacje wod-kan, c.o., ppoż, instalacje elektryczne, słaboprądowe, wentylacja, klimatyzacja, instalacja gazów medycznych, wykonanie kadzi do przechowywania zwłok.

W rozdz. VII pkt 7 ppkt 1) SIWZ (rozdział dot. wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu) Zamawiający wskazał, że w przypadku polegania przez wykonawcę na potencjale podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, przedstawiając w tym celu Zamawiającemu dokumenty dotyczące w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) czasowego udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia.

Przepisy ustawy nie ustanawiają żadnej legalnej teorii dowodowej, zamkniętego katalogu dowodów, czy innych powinnych środków dowodowych, według których ma nastąpić wykazanie przez wykonawcę, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Wskazane w przepisie art. 26 ust. 2b zobowiązanie podmiotu udostępniającego jest tylko przykładowym środkiem dowodowym wskazanym przez ustawodawcę, o czym przesądza zastosowany w tekście przepisu zwrot „w szczególności”.

W świetle powołanego wyżej przepisu, wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu za pomocą potencjału podmiotów trzecich, obowiązany jest, przy pomocy dowolnych środków dowodowych, udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia, co implikuje

formułowany w orzecznictwie postulat wykazania realnej możliwości korzystania z tych zasobów przy realizacji zamówienia. Natomiast zamawiający fakt udowodnienia powyższych okoliczności może i powinien swobodnie ocenić.

Przy czym poza wspomnianym wyżej postulatem realności takiego udostępnienia, a także jego adekwatności do stawianych warunków udziału w postępowaniu, nie istnieją żadne generalne wytyczne i wymagania, co do sposobu oceny ww. udowodnienia. Zdaniem Izby, takowe winny być formułowane kauzalnie, tj. w odniesieniu do rozpatrywanego przypadku udostępnienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy.

Jednakże wskazać należy, że powszechnie w praktyce obrotu i w judykaturze za wystarczające dowody tego typu uznaje się oświadczenia podmiotów trzecich, zwyczajowo tytułowane „zobowiązaniami”, która mają jedynie opisowy i informacyjny charakter, a w żadnym razie nie są zobowiązaniami w rozumieniu Kodeksu cywilnego. W „zobowiązaniach” tego typu, podmioty trzecie opisują więc tylko w jaki sposób z udostępnionych zasobów wykonawca będzie mógł skorzystać w trakcie realizacji zamówienia.

Dopuszczalność tego typu opisowego i deklaratoryjnego dowodzenia dysponowania potencjałem podmiotów trzecich pośrednio wzmacnia przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 231), zgodnie z którym, w przypadku gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Podniesiona konstatacja dot. informacyjnego, a nie zobowiązaniowego charakteru dopuszczanych dowodów, wynika z faktu, że ww. przepis nie ustanawia możliwości żądania przedłożenia dokumentów o realnie zobowiązaniowym charakterze, ale skupia się na zakresie informacji, które ma z nich wynikać.

W świetle powyższego i w takim ujęciu, dowodzenie okoliczności, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy i warunkujących możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego, w większości przypadków występujących w obrocie sprowadza się do oceny wiarygodności i kompletności informacyjnych deklaracji podmiotów trzecich zawieranych w ich oświadczeniach.

Tym samym, przy braku zobowiązaniowego charakteru dokumentów uznanych w danym przypadku jako wystarczające dowody ww. okoliczności, instytucją ustawową gwarantującą realny dostęp wykonawcy, do zasobów podmiotu, który ich udostępnienie deklaruje, pozostaje solidarna odpowiedzialność podmiotu trzeciego za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów. Odpowiedzialność ta jest wyłączana jedynie przez brak winy wykonawcy związanej z nieudostępnieniem zasobów. Przepis nie wiąże natomiast ww. odpowiedzialności z deklarowanymi sposobami wykorzystania zasobów w trakcie realizacji zamówienia, służącymi do oceny realności danego udostępnienia potencjału i możliwości jego wykorzystywania. Wykonawca i podmiot trzeci odpowiadają za jakąkolwiek szkodę, którą da się powiązać przyczynowo z nieudostępnieniem wskazywanego potencjału w jakimkolwiek zakresie jego udostępnienia.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego przypadku, Izba stwierdziła, że ogół informacji przedstawionych przez Wodpol wraz z ofertą odpowiada wymaganiom SIWZ oraz stanowi wystarczający dowód okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, tj. informacje i deklaracje w tym zakresie potwierdzają możliwość wykorzystania udostępnianej wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia oraz są kompletne, wiarygodne i zgodne z wymaganiami SIWZ zawartymi w rozdz. VII pkt 7 ppkt 1, które Zamawiający mógł postawić i egzekwować zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w tym zakresie.

Oдноśnie oceny wypełnienia poszczególnych wymagań z pkt 7 ppkt 1 SIWZ należy wskazać, co następuje:

- a) Wymaganie podania zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu – zakres ten wynika z treści „Zobowiązania...”, wykazu robót i referencji załączonych do oferty Wodpol, jest to doświadczenie nabyte przez Mostmarpał w trakcie wykonywania wykazywanych robót.
- b) Wymaganie podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia – taki sposób wskazano, jest to podwykonawstwo.
- c) Wymaganie podania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem – informacja ta również wynika z informacji do oferty załączonych. Wskazanie w formularzu ofertowym zamiaru oddania części robót do

podwykonania, a także wskazanie podwykonawstwa w treści „Zobowiązania...” implikuje cywilnoprawną umowę o podwykonawstwo.

- d) Wymaganie podania czasowego udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia nie znajduje oparcia w powoływanym wyżej przepisie § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, który umożliwia Zamawiającemu sformułowania żądań co do zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. O ile żądanie wskazania „czasowego udziału” można ewentualnie zinterpretować jako wymóg wskazania „okresu udziału”, to z całą pewnością wskazania zakresu udziału w realizacji zamówienia Zamawiający w tym przypadku nie żądał. Natomiast, co do samego okresu udziału Mostmarpal w wykonywaniu zamówienia, należy przyjąć, że okres ten dotyczy całego czasu wykonywania zamówienia – w treści „Zobowiązania...” wprost wskazano, że udostępnienie dotyczy całego czasu realizacji zamówienia, a więc w tym okresie może być wykorzystywane w formie zadeklarowanej.

W związku z uznaniem, że Wodpol wystarczająco potwierdziła spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy dokumentów załączonych pierwotnie do oferty, jakiegokolwiek samoistne uzupełnienia dokumentów w tym zakresie nie były brane pod uwagę, a także nie oceniano ewentualnych skutków prawnych takich uzupełnień.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne w stosunku do zarzutów, których oddalenie uzasadniono powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....