

Sygn. akt: KIO 2529/18

WYROK
z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jacewie, ALSTAL Property Sp. z o.o. z siedzibą w Jacewie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Starogardzki – Zarząd Powiatu Starogardzkiego,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ILHO PL S.A. z siedzibą w Warszawie, ANCHOR pbw Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. IV pkt 1.1 SIWZ i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;
3. Kosztami postępowania obciążyć Powiat Starogardzki – Zarząd Powiatu Starogardzkiego i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Starogardzki – Zarząd Powiatu Starogardzkiego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa, przebudowa i doposażenie Kociewskiego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w Starogardzie Gdańskim oraz podniesienie kwalifikacji kadry medycznej celem zwiększenia dostępności specjalistycznych usług zdrowotnych w zakresie chorób cywilizacyjnych.*

W dniu 7 grudnia 2018 r. Konsorcjum: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., ALSTAL Property Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec wyboru oferty Konsorcjum ILHO PL S.A., ANCHOR pbw Sp. z o.o. w zakresie części I zamówienia i zaniechania wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, że wadium wniesione przez Konsorcjum ILHO w formie gwarancji bankowej spełnia wymagania wynikające z SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Konsorcjum ILHO w złożonym Wykazie robót budowlanych przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, że Konsorcjum ILHO spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.
- 4) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 i 3 – art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ILHO do uzupełnienia dokumentów,
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ILHO z Postępowania oraz bezpodstawne wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia złożonych dokumentów w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ILHO z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum ILHO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, mimo że Konsorcjum nie wniosło wadium, które prawidłowo zabezpiecza jego ofertę, a tym samym nie sprostало wymaganiu rozdz. XII pkt 1 SIWZ oraz przepisom art. 45 ust. 3 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że prawidłowe wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma niezwykle istotne znaczenie, a nieprawidłowości w tym zakresie skutkują koniecznością odrzucenia oferty. Wadium zabezpiecza bowiem interesy zamawiającego przez cały okres związania wykonawcy ofertą i daje zamawiającemu rękojmię zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa lub bankowa, jako dokument wadialny, na którego treść zamawiający nie ma wpływu, ma realnie zabezpieczać roszczenia finansowe zamawiającego, a wadium wniesione w tej formie musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu. Stąd należy przyjąć, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione.

Odwołujący podniósł, że z dokumentu gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum ILHO wynika, że gwarancja została wystawiona wyłącznie na zlecenie wykonawcy ILHO PL S.A. *w związku z zamiarem złożenia przez Wykonawcę oferty udziału*. Zgodnie z definicją zamieszczoną w treści gwarancji jako Wykonawcę należy rozumieć ILHO PL S.A. Jednocześnie w treści dokumentu gwarancji nie znajdują się jakiegokolwiek informacje mogące wskazywać na działanie wykonawcy ILHO PL S.A. w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum. Przeciwnie, postanowienia gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą wskazują, że ILHO PL S.A. zamierzał samodzielnie złożyć ofertę w postępowaniu, a gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność względem Zamawiającego za zaniechania poczynione wyłącznie przez wykonawcę ILHO PL S.A.

Zdaniem Odwołującego, przyjęcie przez Zamawiającego gwarancji wystawionej wyłącznie na jednego z konsorcjantów niewątpliwie wiąże się z ryzykiem odmowy wypłaty kwoty wadium przez gwaranta. Wynika to faktu, że gwarancja zabezpiecza w postępowaniu jedynie obowiązki konkretnego wykonawcy, a nie całego konsorcjum. Istotne jest również, że z treści gwarancji nie wynika, aby ILHO PL S.A. miał złożyć ofertę w ramach konsorcjum, co tym bardziej potwierdza, że gwarant mógłby odmówić wypłaty środków z gwarancji dołączonej do oferty Konsorcjum w sytuacji wystąpienia jednej z okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie tylko wówczas narażony jest na ryzyko, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium będzie utrudnione, ale także że realizacja tego roszczenia będzie całkowicie niemożliwa. Ponadto treść dołączonej do oferty gwarancji wskazuje, że zabezpiecza ona ofertę ILHO PL S.A., który nie złożył oferty, a zatem nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp. Taki status posiada jedynie Konsorcjum, którego oferta nie została zabezpieczona wadium. Gwarancja wadialna zabezpieczająca ofertę Konsorcjum mogłaby być wystawiona na zlecenie ILHO PL S.A., jednak z jej treści powinno wynikać, że obejmuje ona ofertę Konsorcjum, a nie jedynie ofertę ILHO PL S.A.

Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie sądów powszechnych i KIO w wyjątkowych wypadkach dopuszczono zabezpieczenie oferty gwarancją wadialną, w której nie wymieniono wszystkich członków konsorcjum, gwarancja taka była jednak wystawiana na zlecenie lidera konsorcjum, a więc podmiotu upoważnionego do uzyskania na rzecz konsorcjum gwarancji wadialnej i wniesienia wadium w imieniu całego konsorcjum. Stan faktyczny niniejszego postępowania kształtuje się jednak zgoła odmiennie, bowiem gwarancja wadialna, załączona do oferty Konsorcjum, nie została wystawiona na rzecz i zlecenie pełnomocnika konsorcjum (którym jest Vasyl Kvet), a na rzecz spółki ILHO PL S.A., która nie posiadała pełnomocnictwa ani do uzyskania gwarancji wadialnej na rzecz całego Konsorcjum, ani do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum.

Odwołujący przywołał pogląd przedstawiany w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym gwarancja wadialna złożona przez jednego z członków konsorcjum, który dodatkowo nie był w dniu jej wystawienia prawidłowo umocowany do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum nie może być interpretowana w sposób rozszerzający przez odwołanie się do art. 23 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazał również, że wadium, jako dokument niezawierający w sobie treści oferty, a jedynie służący jej zabezpieczeniu, nie może być sanowany w drodze uzupełnienia czy wyjaśnień. Zamawiający ocenia bowiem prawidłowość wniesienia wadium na podstawie dokumentu dołączonego do oferty. Z kolei, w razie stwierdzenia, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, Zamawiający nie ma możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały na tę okoliczność przedłożone przed upływem terminu otwarcia ofert, a jednocześnie ma obowiązek ofertę taką odrzucić.

Zarzuty wprowadzenia Zamawiającego w błąd w oraz niespełnienia przez Konsorcjum ILHO warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący przywołał treść przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i wskazał, że zamierzone działanie wykonawcy ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca ma świadomość, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Z kolei, przypadek rażącego lub zwykłego niedbalstwa, zachodzi przykładowo w sytuacji, gdy wykonawca – jako profesjonalista – oświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wskazując na doświadczenie osób, którymi dysponuje, bez zweryfikowania, czy rzeczywiście podmiot ten spełnia ww. warunki. Odwołujący stwierdził, że w świetle orzecznictwa KIO, dla wprowadzenia zamawiającego w błąd nie musi wystąpić skutek polegający na powstaniu po stronie zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji. Uznaje się za wystarczające, jeśli takie wyobrażenie mogło powstać.

Odwołujący podkreślił, że określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp wprowadzenie Zamawiającego błąd powoduje, że wykonawca podlega wykluczeniu bez możliwości uzupełnienia czy wyjaśnienia wprowadzających w błąd informacji.

Informacje przedstawione w Wykazie robót budowlanych

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. IV pkt 1.1. SIWZ, Wykonawca zobowiązany był wykazać wykonaniem *w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...) minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub/i przebudowie budynku (...) o wartości roboty nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (...) każda.* Wykonawca w złożonym JEDZ oświadczył, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył Wykaz robót budowlanych dla części 1, w której wskazał realizację dwóch zamówień, które rzekomo mają potwierdzać spełnienie powyższego warunku Zamawiającego.

Odwołujący podał, że Konsorcjum ILHO w poz. 1 Wykazu robót budowlanych oświadczyło, że wykonywało inwestycję *Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Sejnach w celu podniesienia standardu świadczonych usług wraz z dostawą i montażem urządzeń medycznych i wyposażenia* na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach. Zgodnie z treścią wykazu wartość robót wynosiła 12.675.519,00 zł brutto. Z przedstawionych referencji z 27 listopada 2015 r. wynika, że powyższą inwestycję realizowało konsorcjum w składzie: ANCHOR pbw sp. z o.o. oraz KALDO G. K. . Z treści referencji nie wynika, które roboty budowlane zostały zrealizowane przez ANCHOR. W celu zweryfikowania zakresu prac wykonanych przez ANCHOR, Odwołujący zwrócił się do Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach o przekazanie informacji na temat zakresu prac wykonywanych przez konsorcjantów przy realizacji wyżej opisanego zamówienia. W odpowiedzi na powyższy wniosek, pismem z 30 listopada 2018 r. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach wskazał, że zgodnie z wiedzą zamawiającego roboty budowlane wykonał członek tego konsorcjum – KALDO, natomiast lider – ANCHOR zrealizował dostawę sprzętu. Co prawda w treści powyższego pisma, zamawiający wskazywał na udział ANCHOR jako lidera konsorcjum przy wykonywaniu czynności faktycznych i prawnych w trakcie procesu inwestycyjnego, tym niemniej czynności te nie polegały na wykonywaniu robót budowlanych. W konsekwencji należy stwierdzić, że realnie ANCHOR wykonał jedynie dostawę sprzętu, które były objęte przedmiotem zamówienia. Zgodnie natomiast z przedstawionymi referencjami, wartość tych dostaw wynosiła 1.605.519,00 zł.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum, a na pewno członek Konsorcjum – ANCHOR, zdawali sobie sprawę z tego, jakie prace ANCHOR wykonał na rzecz Samodzielnego

Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach, oraz że zakres zrealizowanych prac nie jest wystarczający dla wykazania spełnienia warunku udziału przedstawionego w SIWZ. Wykonawca jednak, celem wykazania spełnienia warunków udziału, przedstawił powyższą inwestycję uznając, że zakres zrealizowanych przez ANCHOR prac obejmuje wykonanie robót budowlanych o wartości powyżej 10.000.000,00 zł. Takie twierdzenie jest nieuprawnione, gdyż to konsorcjant KALDO może wykazać się wykonaniem takiego zakresu robót budowlanych. ANCHOR nie może uznawać jako własne doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum z KALDO. Każdy z konsorcjantów może powoływać się na wykonane prace w związku z realizacją umów w ramach większej grupy wykonawców, w takim zakresie w jakim realnie wykonywał pewne prace. W konsekwencji, ANCHOR może powoływać się na realizację wyżej wskazanej inwestycji jedynie w zakresie w jakim wykonywał on dostawy sprzętu, gdyż wykonanie robót budowlanych nie leżało w jego gestii. Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał stwierdził, że *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.*

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum ILHO przedstawiło Zamawiającemu w Wykazie robót budowlanych doświadczenie, którego ANCHOR nie posiada. Takie działanie należy traktować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, które miało na celu jedynie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo wiedzy, że ANCHOR nie wykonał prac deklarowanych w Wykazie robót budowlanych. Zdaniem Odwołującego powyższe należy zakwalifikować jako zamierzone działanie (ewentualnie rażące niedbalstwo), co skutkować powinno wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, opisane powyżej działanie Konsorcjum ILHO wyczerpuje również przesłankę wykluczenia z postępowania określoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż było ono wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, a konsekwencją było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, mające wpływ na wynik postępowania. W sytuacji bowiem realnej deklaracji Konsorcjum co do zakresu wykonanych prac przez ANCHOR, tj. dostawy sprzętu, w ramach realizacji inwestycji dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach, Zamawiający powinien uznać, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i wezwać Konsorcjum do uzupełnienia. Jednak wykonawca przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe dane co do swojego doświadczenia,

co doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd i w dalszej kolejności nieprawidłową ocenę podmiotową wykonawcy.

Odwołujący podniósł również oparty na tych samych okolicznościach faktycznych zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdził, że Konsorcjum ILHO podlega wykluczeniu również ze względu na to, że nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. IV pkt 1.1 SIWZ. Wskazał, że w zakresie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca był już wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie Zamawiającego z 15 listopada 2018 r.), w związku z Zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że w sytuacji uznania przez Izbę, że nie wystąpiły przesłanki wykluczenia Konsorcjum ILHO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz pkt 12 ustawy Pzp, wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych poprzez określenie doświadczenia potwierdzającego spełnienie wyżej określonego warunku udziału. Zaniechanie takiego wezwania stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, mając na względzie, że druga inwestycja wskazana w Wykazie robót budowlanych (Rozbudowa Szpitala Ogólnego w Wysokiem Mazowieckim) była również wykonywana przez ANCHOR w konsorcjum z innym podmiotem, w ocenie Odwołującego, zasadne byłoby zweryfikowanie zakresu robót wykonanych przez ANCHOR w ramach inwestycji. Istnieje bowiem prawdopodobieństwo, że ANCHOR ponownie powołuje się na doświadczenie w realizacji robót, których nie wykonał.

Informacje przedstawione w Wykazie osób

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. IV pkt 2 ppkt c)SIWZ celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy będą dysponować m.in. osobą na stanowisko kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Osoba na powyższe stanowisko miała między innymi posiadać *uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane*. Konsorcjum ILHO na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp o Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Na stanowisko Kierowania robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych Konsorcjum wskazało pana A. G. . Zgodnie ze złożonym oświadczeniem osoba ta miała między innymi posiadać uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie

zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Do Wykazu osób Konsorcjum dołączyło informacje na temat posiadanych przez pana A. G. uprawnień: Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego z 11 listopada 1988 r. oraz aktualne zaświadczenie o przynależności do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa. W wyniku analizy tych dokumentów, Zamawiający doszedł do przekonania, że uprawnienia posiadane przez pana A. G. są uprawnieniami ograniczonymi, które nie pozwalają na pełnienie samodzielnych funkcji technicznych. W konsekwencji powyższego Zamawiający pismem z 15 listopada 2018 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Wykonawca nie kwestionował zasadności wezwania i w odpowiedzi złożył nowy Wykaz osób, w którym na wyżej wskazane stanowisko wskazał inną osobę, pana A. M. .

W ocenie Odwołującego opisane powyżej działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, a Konsorcjum ILHO powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że niezrozumiała jest podstawa wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty, w sytuacji, w której Zamawiający posiadał wiedzę, że informacje wskazane w pierwotnym Wykazie osób nie są prawidłowe. Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd co do posiadanych przez pana A. G. uprawnień. Wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien zdawać sobie sprawę jakie uprawnienia posiadają osoby, którymi dysponuje do realizacji zamówienia i czy osoby te posiadają uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w danej specjalności. Należy również podkreślić, że pan A. G. nieposiadający wyższego wykształcenia (tytułu inżyniera) zgodnie z obowiązującymi w czasie nabywania uprawnień budowlanych nie mógł uzyskać takich uprawnień bez ograniczeń. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum jednak celowo wskazało pana A. G. w pierwotnym Wykazie osób, mimo że było (albo powinno być) świadome, że osoba ta nie posiada uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych, a jego uprawnienia budowlane są *de facto* ograniczone. Jest to podstawowa wiedza, jaką podmiot wykonujący profesjonalnie roboty budowlane powinien posiadać na temat swoich pracowników albo innych osób, które zamierza skierować do realizacji danej inwestycji. Tym samym, bezpodstawne byłoby twierdzenie, że wykonawca omyłkowo wskazał taką osobę.

Zdaniem Odwołującego, oświadczenie złożone przez Konsorcjum jest oczywiście nieprawdziwe, a celem wykonawcy było wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym spełnione zostały okoliczności wykluczenia Konsorcjum z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, zostały spełnione również przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie można bowiem zaprzeczyć, że informacje dotyczące uprawnień wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Działanie Konsorcjum mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający mógł przeoczyć informację dotyczącą uprawnień pana A. G. i dokonać wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że wykonawca powinien wiedzieć, jaki rodzaj uprawnień posiada osoba wyznaczona przez niego do realizacji zamówienia. Zaniechanie weryfikacji takiej informacji jest co najmniej rażącym niedbalstwem. Tym bardziej zatem można stwierdzić, że działanie Konsorcjum było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, zamiast wykluczyć Konsorcjum ILHO z postępowania, skierował wezwanie do wyjaśnienia treści Wykazu osób. W ocenie Odwołującego takie wezwanie było bezpodstawne, gdyż już na dzień wezwania istniały przesłanki do stwierdzenia, że w pierwotnym wykazie osób złożonym przez Konsorcjum znajdują się informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd. Nawet jeśli Zamawiający chciał uzyskać więcej informacji na temat uprawnień pana A. G., to po dokonaniu zmiany w Wykazie osób Zamawiający uzyskał potwierdzenie, że dotychczasowa osoba nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a przedstawione w pierwotnym Wykazie osób informacje są nieprawdziwe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum ILHO z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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

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

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ILHO z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że w punkcie XII SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, nie ustanawiając zasad wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w przypadku oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej 17 października 2018 r. przez Bank Millennium. W treści gwarancji podano, że została wystawiona na rzecz Powiatu Starogardzkiego – Zarządu Powiatu Starogardzkiego (zwanego Beneficjentem), na zlecenie ILHO PL S.A. (zwanego Wykonawcą). W gwarancji wskazano: *W związku z zamiarem złożenia przez Wykonawcę oferty udziału (dalej: „Oferta”) w ogłoszonym przez Beneficjenta na dzień 17 października 2018 r. przetargu nieograniczonym (...) my, Bank Millennium (...) na zlecenie Wykonawcy, udzielamy niniejszej gwarancji (dalej: „Gwarancja”) i zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty każdej kwoty do łącznej maksymalnej wysokości PLN 350.000,00 (słownie: złotych polskich trzysta pięćdziesiąt tysięcy, 00/100), w terminie 7 (siedmiu) dni roboczych po otrzymaniu przez Gwaranta:*

- 1) *pierwszego pisemnego żądania zapłaty złożonego przez Beneficjenta, zawierającego żądaną kwotę i numer rachunku, na który kwota ta ma zostać przekazana (dalej: „Żądanie zapłaty) oraz*
- 2) *pisemnego oświadczenia Beneficjenta (dalej: „Oświadczenie Beneficjenta”) stwierdzającego, że wystąpiła co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: „Ustawa”), tj.:*
 - a) *wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej,*
 - b) *pomimo iż Oferta Wykonawcy została wybrana, wystąpiła jedna z poniższych okoliczności:*
 - *Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie,*
 - *Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*

- *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

Ponadto w gwarancji określono formę zgłoszenia żądania zapłaty, termin ważności gwarancji oraz przyczyny jej wygaśnięcia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Istotą sporu w tym zakresie jest kwestia prawidłowości wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej na zlecenie podmiotu, który nie złożył oferty samodzielnie, ale w konsorcjum z innym podmiotem, w sytuacji gdy z treści gwarancji nie wynika objęcie nią oferty wspólnej.

W orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych prezentowane były rozbieżne stanowiska dotyczące skuteczności takiej gwarancji wadialnej. Z jednej strony wyrażany był pogląd o prawidłowości takiej gwarancji, oparty w szczególności na następujących tezach: istnieniu solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, wynikającym z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz na bezwarunkowym charakterze gwarancji wadialnej. Z drugiej strony wyrażano pogląd, że gwarancja taka naraża zamawiającego na odmowę wypłaty sumy gwarancyjnej, z uwagi na takie okoliczności, jak abstrakcyjny charakter gwarancji, oznaczający, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, brak solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz fakt, że art. 23 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się jedynie do relacji między zamawiającym a wykonawcami. Prezentując ten pogląd Izba podkreślała ponadto, że bez znaczenia dla prawidłowości gwarancji jest okoliczność, czy jeden z konsorcjantów działał jako pełnomocnik całego konsorcjum, jeżeli fakt działania na rzecz konsorcjum nie został ujawniony w treści gwarancji.

Konsekwencją powyższej rozbieżności w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych było wniesienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargi kasacyjnej na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, który przyjął drugi z przedstawionych wyżej poglądów. Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17 uwzględnił skargę kasacyjną, przedstawiając następujące stanowisko: (...) *decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej "warunków" i formalnych przesłanek zapłaty. Już z tego względu teza Sądu o naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie może być -*

jako przedwczesna – uznana za prawidłową, a wyrok podlegał uchyleniu. (...) Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, nie mają charakteru solidarnego. Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 p.z.p. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków – ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych – nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. In casu oznacza to, że w razie niewykonania któregokolwiek z obowiązków przez R. sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także P.B. (...) S.A. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wyrażałoby się to w tym, że Zamawiający miałby podstawę do jego zatrzymania w całości, choćby bezpośrednią przyczyną zatrzymania były tylko zaniechania R. sp. z o.o. Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje – jak wyjaśniono – treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia "z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie "z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem "z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta – także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia

formalnej przesłanki zapłaty. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta (...).

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba zobowiązana była uwzględnić poglądy i kierunki interpretacji wskazane przez Sąd Najwyższy w ramach kontroli instancyjnej. W świetle też przedstawionych w przywołanym wyroku Sądu Najwyższego – zdaniem Izby – wadium wniesione przez Przystępującego należało uznać za prawidłowe.

Odnosząc się do wytycznych wskazanych przez Sąd Najwyższy po pierwsze stwierdzić należy, że Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych obowiązków dotyczących wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z tym skuteczność wniesionego wadium należało ocenić na zasadach ogólnych.

Za kluczowy dla oceny gwarancji bankowej Przystępującego należy uznać wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd o niepodzielności zobowiązań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i wynikającej z tego solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za zobowiązania obciążające ich w postępowaniu przetargowym. Przyjmując za Sądem Najwyższym istnienie solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, należy dojść do wniosku, że w razie niewykonania przez któregośkolwiek z wykonawców obowiązków wynikających z ustawy Pzp, odpowiedzialność za to ponosiłby także drugi z konsorcjantów, co w konsekwencji dawałoby Zamawiającemu prawo do zatrzymania wadium, nawet gdy bezpośrednią podstawą zatrzymania były zaniechania wykonawcy niewymienionego w treści gwarancji.

Odnosząc się do wskazanej przez Sąd Najwyższy potrzeby interpretacji określenia *z przyczyn leżących po jego stronie* zgodnie z art. 65 k.c., zwłaszcza w świetle ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym takich ustalonych zwyczajów czy powszechnej praktyki gwarantów, która potwierdzałaby, że w przypadku tak ukształtowanej gwarancji wadialnej nastąpi odmowa wypłaty sumy gwarancyjnej. Nie jest wystarczającym dowodem na powyższą okoliczność złożony przez Odwołującego wydruk z korespondencji mailowej z jego

brokerem ubezpieczeniowym, który może potwierdzać jedynie wymagania dotyczące gwarancji w relacji między konkretnym brokerem i jego klientem.

W świetle stanowiska Sądu Najwyższego za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać kwestię istnienia po stronie spółki ILHO umocowania do reprezentowania Konsorcjum i zawarcia umowy gwarancji. Zauważenia wymaga, że pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w żadnej mierze nie odnosi się do kwestii działania wykonawcy wskazanego w gwarancji w charakterze pełnomocnika konsorcjum. W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał istnienia umocowania po stronie spółki ILHO (złożone na rozprawie upoważnienie do wniesienia wadium nie zostało załączone do oferty, a teza, że spółka ta była pełnomocnikiem Konsorcjum w świetle zawartej umowy Konsorcjum pozostała gołosłowna wobec nieprzedłożenia tej umowy), nie mogło to jednak prowadzić do uznania zasadności zarzutu. Podobnie Przystępujący nie wykazał okoliczności, na którą się powoływał, a dotyczącej wiedzy gwaranta, że zabezpieczona oferta będzie ofertą wspólną, jednak również ta okoliczność nie wpływa na zasadność zarzutów, gdyż – jak wskazał Sąd Najwyższy – ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik nie był wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i ewentualne roszczenia z tego właśnie stosunku.

Zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd w oraz niespełnienia przez Konsorcjum ILHO warunków udziału w postępowaniu (Wykaz robót budowlanych)

Za zasadny Izba uznała zarzut niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, przy jednoczesnym nieuwzględnieniu zarzutów dotyczących przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdz. IV pkt 1.1 SIWZ wymagał od wykonawców wykazania wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: minimum 2 robót budowlanych polegające na budowie lub/i przebudowie budynku (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do grupy 126 Ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali, i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej) o wartości roboty nie mniejszej niż 10.000.000,00zł brutto (dziesięć milionów zł brutto) każda.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył wykaz robót, w którym wskazał dwa zadania:

- 1) Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Sejnach w celu podniesienia standardu świadczonych usług wraz z dostawą i montażem urządzeń medycznych i wyposażenia; w wykazie podano następujące informacje: odbiorca i miejsce wykonania – Samodzielny

Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach, wartość zamówienia brutto – 12.675.519,00 zł, daty wykonania zamówienia: 08.04.2014 – 21.09.2015.

- 2) Rozbudowa Szpitala Ogólnego w Wysokiem Mazowieckiem obejmująca blok operacyjny z trzema salami operacyjnymi, salę wybudzeń, centralną sterylizatornię, szpitalny oddział ratunkowy, o powierzchni budynku około 1600 m²; w wykazie podano następujące informacje: Szpital Ogólny w Wysokiem Mazowieckiem, wartość zamówienia brutto – 12.302.203,02 zł, daty wykonania zamówienia: 28.11.2012 – 30.06.2014.

Do wykazu Przystępujący załączył referencje z 27 listopada 2015 r. wystawione przez SPZOK w Sejnach, w których stwierdzono, że: *Konsorcjum firm ANCHOR PBW Sp. z o.o. (...) i KALDO G. K. (...) zrealizowało w systemie Generalnego Wykonawstwa inwestycję pn. „Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Sejnach w celu podniesienia standardu świadczonych usług” wraz z dostawą i montażem urządzeń medycznych i wyposażenia.* W piśmie tym zamieszczono informacje na temat terminu realizacji zadania, powierzchni i kubatury oraz rodzajów wykonanych robót i ich wartości oraz potwierdzono, że wykonawca wywiązał się bardzo dobrze z przyjętych zadań, dotrzymując umownych terminów i zapewniając bardzo dobrą jakość robót, a powierzone prace zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone.

Odwołujący przedłożył pismo Dyrektora Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach z 30 listopada 2018 r., w którym podano: (...) *Konsorcjum firm Anchor Sp. z o.o. i Kaldo G. K. wykonało zadanie inwestycyjne pn. Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Sejnach w celu podniesienia standardu świadczonych usług wraz z dostawą i montażem urządzeń medycznych i wyposażenia. Liderem Konsorcjum był Anchor Sp. z o.o., który reprezentował Konsorcjum we wszystkich czynnościach faktycznych i prawnych w trakcie procesu inwestycyjnego i w okresie gwarancji. Przedstawiciel lidera Konsorcjum brał udział we wszystkich naradach inwestora z wykonawcami i podwykonawcami. Lider Konsorcjum ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z członkiem Konsorcjum za należyte wykonanie umowy inwestycyjnej. Wartość robót wynosiła łącznie 12.675,00 zł brutto. Według naszej wiedzy roboty budowlane wykonał członek Konsorcjum zaś dostawę sprzętu realizował Lider.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Czynność wykluczenia musi być jednak poprzedzona procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie

złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby Odwoławczy wykazał, że Przystępujący nieskutecznie powołał się na doświadczenie zdobyte przy realizacji zadania dotyczącego SPZOZ w Sejnach.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście – a nie tylko formalnie – posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji.

Kwestii realności doświadczenia wykazywanego przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu poświęcony został wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami. Trybunał podkreślił w tym wyroku, że zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Trybunał stwierdził, że: *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana*

jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W świetle powyższego (...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Uzasadnienie tego orzeczenia nie pozostawia wątpliwości, że wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, którą dany wykonawca rzeczywiście wykonywał.

W niniejszej sprawie przy ocenie doświadczenia, na które powołuje się Przystępujący, kluczowe znaczenie ma okoliczność, że stroną umowy dotyczącej rozbudowy szpitala w Sejnach nie była samodzielnie spółka ANCHOR, ale konsorcjum, w skład którego ta spółka wchodziła. Wobec powyższego istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie ww. spółka rzeczywiście partycypowała w wykonywaniu tych prac, w pozostałym bowiem zakresie – jakkolwiek była stroną umowy i odpowiadała wobec zamawiającego za jej realizację – nie nabywała doświadczenia wynikającego bezpośrednio z tych prac, które realizował inny podmiot (partner w ramach konsorcjum). Rozstrzygające znaczenie ma zatem to, czy spółka ANCHOR w ramach wskazanej umowy rzeczywiście wykonywała roboty budowlane polegające na budowie lub/i przebudowie budynku o wartości roboty nie mniejszej niż 10.000.000,00zł brutto. W ocenie Izby na tak postawione pytanie – w świetle przedłożonego przez Odwołującego dowodu w postaci pisma Dyrektora SPZOZ w Sejnach – należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Po pierwsze, spółka ANCHOR nie była samodzielnym wykonawcą tej umowy, co jest okolicznością bezsporną i wprost wynika z przedłożonych referencji, wystawionych na podmioty działające w konsorcjum. W kontekście poglądów wyrażonych w wyroku TSUE nie ma więc podstaw twierdzić, że Przystępujący nabył całość doświadczenia związanego z realizacją tej umowy. Zamawiający natomiast, mimo wiedzy o wykonaniu zadania referencyjnych w konsorcjum, bezkrytycznie przyjął, że w całości stanowi ono doświadczenie Przystępującego i potwierdza spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem ze złożonego przez Odwołującego pisma Dyrektora SPZOZ w Sejnach wynika, że roboty budowlane wykonał członek Konsorcjum (KALDO), natomiast spółka ANCHOR zrealizowała dostawę sprzętu. Nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego, który stwierdził, że ww. pismo jest dokumentem, z którego wynikają jedynie przypuszczenia

niepotwierdzone żadnym dokumentem źródłowym. Zauważyć należy, że jest to oświadczenie inwestora – podmiotu, który jako strona umowy ma bezpośrednią wiedzę na temat zakresu zadań wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów, brak jest zatem podstaw do odmówienia takiemu oświadczeniu wartości dowodowej, zwłaszcza że Zamawiający i Przystępujący nie złożyli żadnych dowodów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że spółka ANCHOR wykonała jednak w ramach tego zadania roboty budowlane. Za dowód taki nie sposób uznać przedłożonego przez Przystępującego oświadczenia spółki ANCHOR, stwierdzającego, że uczestniczyła ona w wykonaniu całości zamówienia, jest to bowiem jedynie oświadczenie uczestnika postępowania odwoławczego, niepoparte żadnymi dowodami potwierdzającymi jego prawdziwość.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że spółka ANCHOR jako lider konsorcjum wykonywała we własnym zakresie część prac związanych z realizacją zadania, stwierdzić należy, że teza ta – jeśli chodzi o wykonanie robót budowlanych – nie ma oparcia w materiale dowodowym. Natomiast w odniesieniu do twierdzeń o uczestniczeniu tej spółki w całym procesie inwestycyjnym, nadzorowaniu robót, udziale w naradach i koordynowaniu całości przedsięwzięcia, zauważyć należy, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykonania robót budowlanych, a nie kierowania nimi, nadzorowania czy koordynowania. Czynności składające się na kierowanie, koordynację czy zarządzanie są niewątpliwie związane z realizacją zamówienia, tym niemniej Przystępujący nie wykazał, aby przez udział w tych czynnościach spółka ANCHOR nabyła doświadczenie w samym wykonywaniu robót budowlanych.

Podkreślenia wymaga, że nawet jeśli w ramach realizacji zadania nie istniał żaden formalny podział rzeczowy zadań, nie stoi to na przeszkodzie ustaleniu faktycznego udziału poszczególnych podmiotów w ich wykonaniu. Jeśli nawet umowa konsorcjum, która określa wzajemne prawa i obowiązki współkonsorcjantów, nie określała takiego podziału (czego jednak nie wykazano), to przecież na etapie realizacji zamówienia konkretne podmioty wykonywały poszczególne czynności. Nie sposób przyjąć, że całość prac wykonywali obaj konsorcjanci w sposób łączny.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Natomiast wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp byłoby przedwcześnie, nie zostało bowiem poprzedzone wezwaniem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego powodu Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie takiego wezwania.

Izba nie dopatrzyła się zasadności wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się :

- wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16);
- wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17);

W ocenie Izby nie może być mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd w sytuacji, gdy wykonawca składa Zamawiającemu dokumenty wprost potwierdzające okoliczności, że stroną umowy referencyjnej było konsorcjum, a nie samodzielnie Przystępujący. Co więcej, Przystępujący nie podał w treści wykazu robót informacji, jakoby ich wykonawcą była samodzielnie spółka ANCHOR. Natomiast zamieszczenie w wykazie zadania realizowanego wspólnie z innym wykonawcą mogło być spowodowane tym, że Przystępujący w korzystny dla siebie sposób zinterpretował fakt bycia spółki ANCHOR stroną umowy z SPZOZ w Sejnach. Niewątpliwie Przystępujący błędnie uznał, że ma możliwość powołania się na to doświadczenie w całości, bez względu na faktyczny udział ww. spółki w realizacji robót budowlanych, błąd ten należy jednak uznać za wynikający z niewłaściwej interpretacji prawnej, w tym interpretacji skutków orzeczenia Trybunału w sprawie Esaprojekt. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, które wymagają przypisania wykonawcy zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (pkt 16) albo lekkomyślności lub niedbalstwa (pkt 17).

Obok zakwestionowania inwestycji zrealizowanej na rzecz SPZOZ w Sejnach Odwołujący stwierdził w odwołaniu: (...) *mając na względzie, że druga inwestycja wskazana przez Wykonawcę w Wykazie robót budowlanych – „Rozbudowa Szpitala Ogólnego w Wysokiem Mazowieckiem (...)” – była również wykonywana przez ANCHOR w konsorcjum z innym podmiotem, w ocenie Odwołującego, zasadne byłoby zweryfikowanie zakresu robót wykonanych przez ANCHOR w ramach inwestycji. Istnieje bowiem prawdopodobieństwo, że ANCHOR ponownie powołuje się na doświadczenie w realizacji robót, których nie wykonał* Odnosząc się do tego stwierdzenia podkreślić należy, że nie może być ono uznane za prawidłowo sformułowany zarzut, Odwołujący bowiem ograniczył się do zasygnalizowania wątpliwości i prawdopodobieństwa, pomijając precyzyjne sformułowanie zarzutu

i przedstawienie okoliczności faktycznych mających potwierdzać jego zasadność oraz nie podejmując w tym zakresie jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Odwołujący nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia zasadności tych twierdzeń a sama sygnalizacja wątpliwości nie może być podstawą ustalania przez Izbę z urzędu, czy znajdują one potwierdzenie w stanie faktycznym. Postępowanie odwoławcze ma bowiem charakter kontradiktoryjny, a ciężar dowodu co do twierdzeń przedstawionych w odwołaniu spoczywa na Odwołującym.

Zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd (Wykaz osób)

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że w rozdz. IV pkt 2 lit. c SIWZ Zamawiający wymagał skierowania przez wykonawcę do realizacji zamówienia 1 osoby na stanowisko kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającej:

- uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2013r. poz. 1409 ze zm.);
- aktualny wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego;
- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
- co najmniej 5-letnie doświadczenie, licząc od daty uzyskania stosownych uprawnień budowlanych, w kierowaniu robotami w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w funkcji kierownik robót i/lub kierownika budowy.

Przystępujący przedstawił wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót wskazał pana A. G. . Przystępujący złożył następujące oświadczenie dotyczące tej osoby:

- a) *posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane TAK/NIE*
- b) *posiada uprawnienia w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych*
- c) *posiada aktualny wpis na listę członków izby samorządu zawodowego TAK/NIE*
- d) *posiada 29 letnie doświadczenie, licząc od daty uzyskania stosownych uprawnień budowlanych, w kierowaniu robotami w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w funkcji kierownik robót i/lub kierownik budowy*

e) *podstawa dysponowania: umowa zlecenie.*

Do wykazu Przystępujący załączył dokument pn. *Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie* z 11 listopada 1988 r., wydany przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy, stwierdzający, że pan A. G. posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych: 1) do sporządzania projektów instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych, 2) do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania elementów konstrukcyjnych instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

W dniu 15 listopada 2018 r. Zamawiający skierował do Przystępującego pismo na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując w jego treści, że wzywa do złożenia wyjaśnień m.in. dotyczących wykazu osób. Zamawiający zwrócił uwagę, że uprawnienia budowlane pana A. G. nie uprawniają w jego ocenie do wykonywania samodzielnych funkcji w zakresie całej specjalności, lecz wyłącznie w jej części, nie są zatem uprawnieniami bez ograniczeń.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył nowy wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wskazał pana A. M. . Posiadanie wymaganych uprawnień i przygotowania zawodowego tej osoby nie było przez Odwołującego kwestionowane, istotą zarzutu była natomiast kwestia dopuszczalności uzupełnienia wykazu w związku z tym, że – zdaniem Odwołującego – informacje przedstawione w pierwotnym wykazie były informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby niezasadne jest twierdzenie, że w związku z przedstawieniem informacji dotyczących pana A. G. Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona przez Izbę w odniesieniu do wykazu robót.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że Przystępujący nie złożył w wykazie osób oświadczenia, że pan A. G. posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń, a jedynie że *posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie*. Ponadto Przystępujący przedłożył dokument *Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie*, w którym przedstawiony jest zakres posiadanych uprawnień. Nie ma więc podstaw twierdzić, że w przedstawionych dokumentach wykonawca

podał nieprawdę lub zataił okoliczności istotne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. że przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Odrębną kwestią jest natomiast to, czy przedstawione informacje potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W rozpoznawanej sprawie kwestia ta pozostaje jednak poza zakresem rozstrzygnięcia, Przystępujący przedstawił bowiem zmieniony wykaz osób, który nie został zakwestionowany, należ więc stwierdzić, że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem kadrowym.

Podkreślenia wymaga, że nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Wykluczenie na podstawie tych przepisów może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia informacje prezentujące fałszywy obraz okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i robi to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) albo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). W rozpoznawanej sprawie nie stwierdzono wystąpienia tych przesłanek.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: